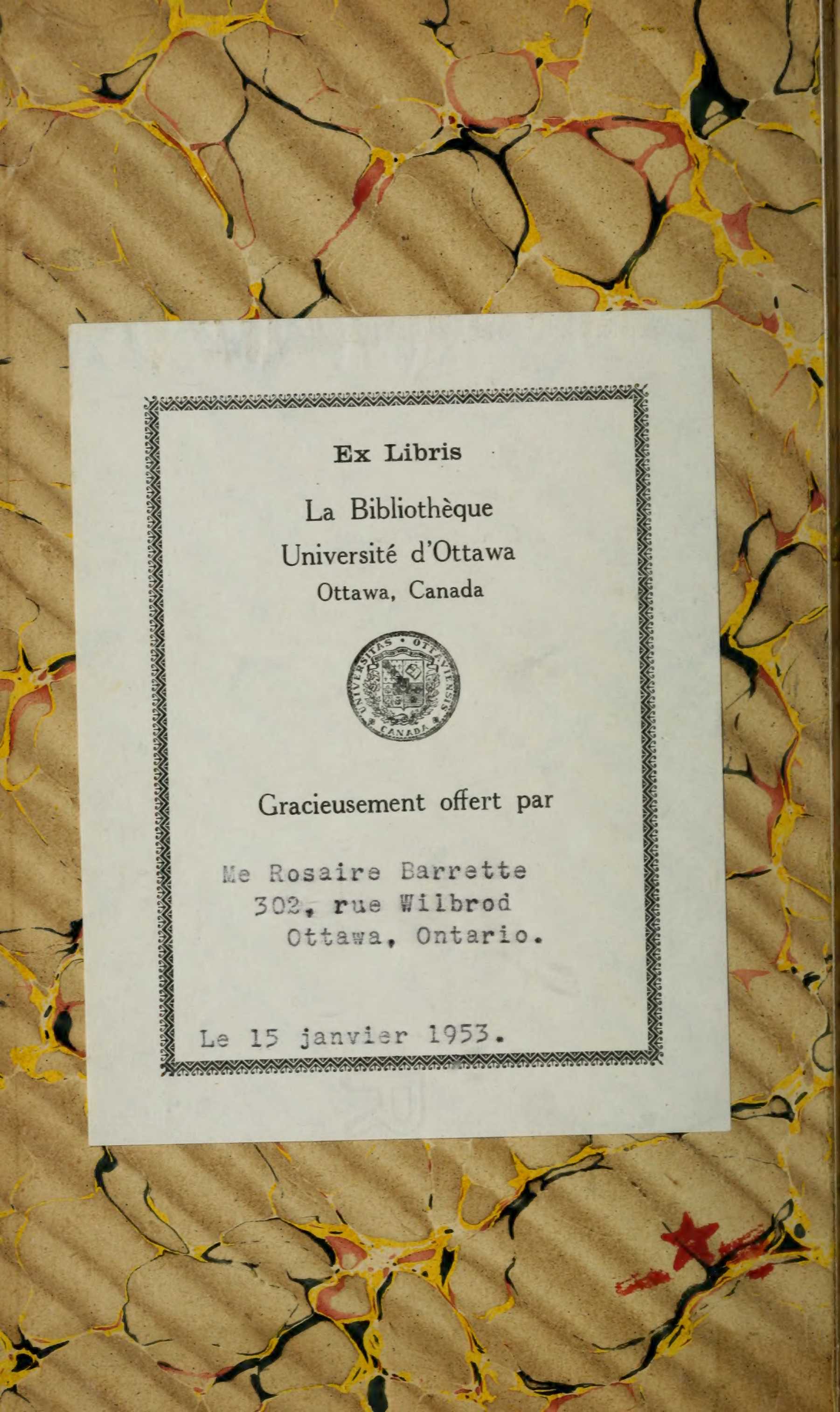
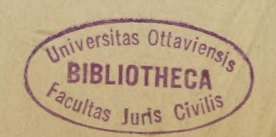








COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXIV

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris

TRAITÉ

DES CONTRATS

OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

EN GÉNÉRAL

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME PREMIER

PARIS

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)



L. HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 77

1868

5128

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais* : *J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846 ; de M. Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées ;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon* est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

INTRODUCTION.

SOMMAIRE.

1. — Transition. — Exposition.
2. — Suite.
3. — Suite. — Observation sur la méthode suivie par le législateur du Code Napoléon.
4. — Définition de l'obligation civile.
5. — Suite.
6. — Suite. — Définition de l'obligation naturelle.
7. — De l'obligation imparfaite.
8. — Dénominations usitées pour désigner l'obligation et les parties qui y figurent. — Origine étymologique.
9. — D'où dérivent les obligations. — Rapprochement des titres III et IV du Code.
10. — Division générale.

1. — Nous entrons dans les *Obligations;* et après avoir,

d'après l'article 711, exposé *les Successions et les Donations*, nous pouvons dire, avec Justinien : *nunc transeamus ad obligationes* (*Inst.*, lib. III, tit. XIII, *princ.*).

Notre Code y a consacré deux titres :

L'un, le titre III : *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général;*

L'autre, le titre IV : *Des engagements qui se forment sans convention.*

Ces deux titres, en effet, s'appliquent à une seule matière; et ils auraient pu être réunis sous le titre unique : *Des obligations*, que Pothier a donné à l'une de ses œuvres les plus excellentes.

2. — Cette distribution est nouvelle et ne correspond à aucune des méthodes antérieures, pas plus à celle des jurisconsultes romains qu'à celle de nos anciens jurisconsultes français.

Elle a été l'objet de vives critiques; et nous reconnaissons qu'elle n'est pas scientifiquement irréprochable.

Ce n'est pas que le plan adopté par le législateur de 1804, nous paraisse mériter tous les reproches qui lui ont été faits; et quand Marcadé l'accuse d'avoir, dans la rubrique du titre III, *confondu le contrat avec l'obligation qui en découle* (t. IV, nº 378), nous croyons que le savant interprète n'a pas saisi le vrai sens de ces mots : *Des contrats ou des obligations conventionnelles.*

La rubrique, en effet, ne dit pas : *Des contrats ou obligations conventionnelles;* ce qui aurait fait un seul intitulé, d'où l'on aurait pu induire que le rédacteur, confondant l'effet avec la cause, aurait considéré les mots : *obligations conventionnelles* comme synonymes du mot : *contrats.*

La rubrique dit : *Des contrats ou* DES *obligations conventionnelles;* ce qui fait deux intitulés, dont le second est distinct du premier, et qui ont pour but d'exprimer, ensemble, qu'il sera traité dans le titre III : *Des obligations qui dérivent des contrats;* tandis qu'il sera traité dans

le titre IV : *Des obligations qui ne dérivent pas des contrats.*

Le rapprochement des deux intitulés du titre III et du titre IV démontre clairement cette classification fondamentale, que notre Code a faite de toute la matière des obligations; et nous ne concédons pas que la rubrique du titre III soit incorrecte.

3. — Ce qui est plus vrai, c'est que la méthode de notre Code laisse beaucoup à désirer au point de vue théorique.

Cette division des obligations en deux classes, suivant qu'elles se forment par contrat, ou qu'elles se forment sans contrat, est importante sans doute; mais elle se réfère surtout à leur origine, à leur cause; et elle n'empêche pas qu'un grand nombre de règles soient communes aux unes et aux autres et ne dussent, dès lors, logiquement leur être, en effet, appliquées en commun.

Or, quelle a été, au contraire, la conséquence du plan, que les rédacteurs du Code ont adopté?

C'est qu'ils ont été, pour ainsi dire, entraînés par la pente même sur laquelle ils se plaçaient, à insérer, dans le titre *des contrats ou des obligations conventionnelles,* la plupart des règles qui gouvernent toutes les obligations en général, conventionnelles ou non conventionnelles; et voilà comment les règles qui concernent l'extinction des obligations, la preuve de leur existence ou de leur extinction, se trouvent exclusivement dans le titre III, qui ne s'occupe que des obligations, qui se forment par contrat, sans être même rappelées dans le titre IV, qui s'occupe des obligations, qui se forment sans contrat!

Que la rigueur logique puisse trouver là quelque chose à reprendre, il serait difficile de le contester ; et le seul rapprochement des titres III et IV, l'un si long, l'autre si bref, suffit à constater une telle disproportion, qu'elle trahit visiblement un défaut d'ordonnance dans la conception scientifique de l'œuvre législative.

Il est vrai ! mais les rédacteurs du Code ont considéré sans doute, que les contrats étant la source la plus considérable des obligations, il pouvait être utile de réunir, dans un même cadre, toutes les règles qui les gouvernent; c'est ce qu'ils ont eux-mêmes d'ailleurs formellement déclaré (comp. les discours de MM. Bigot-Préameneu et Mouricault au Corps Législatif, Fenet, t XIII, p. 218 et 415).

Et il faut convenir que, si cette distribution n'est pas la meilleure, au point de vue de la doctrine, elle a, au point de vue de la pratique, l'avantage que ce titre *des contrats ou des obligations conventionnelles,* offre plus d'unité, et qu'il forme une loi complète sur cette matière *des obligations conventionnelles*, dont on pourrait dire qu'elle est comme le ciment des relations humaines dans la société civile !

Quoi qu'il en soit de ces observations, nous suivrons, comme nous avons toujours fait, l'ordre même de notre Code.

4. — L'obligation peut être définie : un lien de droit, par lequel une personne déterminée est tenue, envers une autre personne déterminée, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (comp. art. 1101).

« *Juris vinculum*, dit Justinien, *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura.* » (Inst. *loc. supra cit.*)

Telle est l'obligation qui fait l'objet de notre étude, celle que, dans le langage juridique, on appelle l'*obligation civile.*

Deux éléments surtout la constituent, à savoir :

1° Elle est, en effet, un lien de droit, *juris vinculum*, par suite duquel celui qui en est tenu, peut être actionné en justice, afin d'être contraint, au nom de la puissance publique, d'en procurer l'exécution ;

2° Elle existe entre une ou plusieurs personnes déterminées et une ou plusieurs autres personnes détermi-

nées ; c'est-à-dire qu'elle est essentiellement individuelle et relative.

Nous mettons tout d'abord en relief ces deux caractères de l'obligation civile, parce qu'ils la précisent nettement, et ne permettent pas de la confondre avec les autres devoirs, dont les personnes peuvent être tenues dans l'état social, et auxquels on donne aussi le nom d'obligations, en prenant ce mot dans un sens large et élevé.

Mais ces autres *obligations* ne réunissent jamais ensemble les deux caractères, que nous venons de reconnaître dans l'obligation civile proprement dite ; et c'est tantôt l'un, tantôt l'autre, qui y fait défaut :

De sorte que, pour celles dont l'exécution est garantie par la puissance publique, elles n'existent pas entre une personne déterminée et une autre personne déterminée ;

Et que, pour celles qui existent entre une personne déterminée et une autre personne déterminée, l'exécution n'en est pas garantie par la puissance publique.

5. — Ne pas attenter à la personne des autres, ni à leur propriété, c'est une obligation sans doute ! et qui est garantie par la puissance publique ; à ce point que l'infracteur peût, en outre de la condamnation aux dommages-intérêts envers la partie lésée, encourir les châtiments décrétés par le Code pénal.

Mais c'est une obligation commune à tous et à chacun ! obligation négative plutôt que positive, qui loin d'astreindre spécialement une personne déterminée envers une autre personne déterminée, se distingue, au contraire, par ce caractère essentiel, qu'elle nous astreint tous, généralement et réciproquement, les uns envers les autres !

C'est-à-dire que l'obligation, si tant est qu'on puisse nommer ainsi ce devoir social, n'est autre chose que le respect qui est dû aux *droits réels* de chacun ; à ces droits, dont l'existence précisément est indépendante de *toute obligation* personnelle proprement dite (comp. les

développements que nous avons déjà fournis sur cette théorie dans notre *Traité de la distinction des biens; — De la propriété*, etc., t. I, n° 464).

Ce qui manque donc là, c'est le caractère relatif et individuel du lien qui constitue l'obligation civile.

6. — Ce qui manque, au contraire, dans d'autres obligations qui offrent ce caractère individuel et relatif, c'est la sanction de la puissance publique, et le droit d'en exiger l'accomplissement, *secundum nostræ civitatis jura!*

Nous voulons parler des *obligations naturelles*, qui existent bien entre une personne déterminée et une autre personne déterminée, mais qui n'imposent pas à ceux qui en sont tenus, la nécessité légale de les accomplir; ce qui a fait dire à Pothier qu'elles ne sont pas un lien de droit, *juris vinculum*, mais seulement un lien d'équité, *æquitatis vinculum* (n° 1).

Il est vrai que l'obligation naturelle joue elle-même un rôle considérable dans le droit privé; nous verrons qu'elle y produit certains effets d'une grande importance; c'est ainsi qu'elle est une cause légitime de payement, et qu'elle peut être valablement novée ou cautionnée.

C'est-à-dire que la loi civile reconnaît l'obligation naturelle, qui, très-différente de ces devoirs généraux, dont nous venons de signaler les caractères, appartient plus particulièrement à la science du droit privé.

Mais toujours est-il qu'elle ne constitue pas une obligation proprement dite, suivant l'acception technique de ce mot, dans la science juridique, où il ne s'applique qu'aux obligations, qui produisent une action.

De obligationibus et actionibus, disent les jurisconsultes romains, réunissant, comme deux corrélatifs inséparables, l'obligation du débiteur et l'action du créancier; afin de prouver que l'une est, en effet, la condition essentielle de l'autre! (Dig. lib. 44, tit. VII.)

Voilà ce que nous pouvons aussi toujours dire, malgré les différences profondes qui séparent, en cette ma-

tière, la doctrine romaine de la doctrine française; car il est toujours vrai qu'il n'y a pas d'obligation civile, là où il n'y a pas une action par laquelle l'exécution puisse être demandée en justice (comp. *le Droit des obligations* de M. de Savigny, traduct. de MM. Gérardin et Jozon, t. I, p. 73 et suiv.).

7. — A plus forte raison, faut-il en dire autant des simples *devoirs*, dans l'accomplissement desquels l'homme ne relève que de sa conscience et n'est responsable qu'envers Dieu ; tels que les devoirs de charité ou de reconnaissance.

Aucune action n'existe, en effet, pour en exiger l'accomplissement, qui doit être, au contraire, essentiellement libre et spontané !

Et souvent même, l'autre caractère, constitutif de l'obligation civile, fait aussi défaut, comme dans le devoir général de charité envers les pauvres, qui n'existe pas entre une personne déterminée et une autre personne déterminée.

Pothier les appelle des *obligations imparfaites* (n° 1); la vérité est qu'elles ne sont pas des *obligations* dans le sens juridique de ce mot; car, très-différentes des *obligations naturelles*, elles ne relèvent pas du droit positif; et c'est surtout au domaine de la morale et de la religion qu'elles appartiennent.

La distinction pourra être, il est vrai, parfois délicate entre un simple devoir de morale et une obligation naturelle proprement dite; nous avons eu déjà l'occasion de la signaler (dans notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nos 36 et suiv.); et nous y reviendrons encore.

Mais, si délicate qu'elle puisse paraître, cette distinction n'en est pas moins incontestable (comp. Burlamaqui, *Éléments de droit naturel*, 3e part., chap. IV; Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, t. II, liv. III, chap. IV, § 1).

8. — La terminologie latine exprimait parfaitement cette nécessité légale, qui caractérise l'obligation civile.

Vinculum juris! et la métaphore était continuée, pour ainsi dire, jusqu'au bout; ce lien de droit, qui se *nouait* par l'obligation, *obligabat*, *astringebat*, se *dénouait* par l'exécution, *solutio, solvere;* et le débiteur se trouvait alors, en effet, *délié*, *libéré!* (*De solutionibus*, ff. lib. 46, tit. III.)

Notre langue n'a pas cette précision rigoureuse; et les mots n'y représentent pas toujours les choses avec cette richesse, en quelque sorte, pittoresque!

Mais l'idée est toujours la même.

Comme, pareillement, nous avons emprunté aux Romains les dénominations, qui désignent ces deux personnes déterminées entre lesquelles existe le lien, qui constitue l'obligation civile.

Désignées, d'abord, toutes les deux, par la langue antique, sous le nom de *reus, rei* (Inst. *de duobus reis stipulandi et promittendi*), elles furent ensuite plus particulièrement appelées : l'une, *debitor;* l'autre, *creditor*, de *credere*, *creditum*, dont le sens étymologique, *croire*, *confier*, ne s'applique qu'aux obligations conventionnelles, puisqu'il implique que celui envers lequel l'obligation existe, a suivi la foi du débiteur; d'où notre mot : *créance, crédit.* (L. 1, ff. *de rebus creditis.*)

Et c'est encore sous les noms de *débiteur* et de *créancier*, que la langue juridique moderne désigne les parties entre lesquelles existe l'obligation civile, de quelque manière d'ailleurs qu'elle se soit formée, soit par contrat, soit sans contrat. (Comp. le *Droit des Obligations* de M. de Savigny, t. I, p. 149 et suiv.)

Quant à l'obligation elle-même, on l'appelle indifféremment *dette* ou *engagement;*

Dette active, au point de vue du créancier;

Dette passive, au point de vue du débiteur (comp. art. 529 et 536, Code Napol.; art. 439 et 444, Code de comm.);

Ou *engagement,* terme synonyme, en effet, du mot *obligation,* quoique notre Code, après avoir intitulé le titre III : *Des* OBLIGATIONS *conventionnelles,* ait intitulé le titre IV : *Des* ENGAGEMENTS, qui se forment sans convention.

Il ne faut pas chercher là une différence (voy. l'art. 1103); et il eût été, suivant nous, plus correct d'employer, dans l'une et dans l'autre rubrique, le même titre : *Des obligations.*

9. — Les obligations, en général, peuvent dériver :

1° Des contrats;

2° Des quasi-contrats ;

3° Des délits ;

4° Des quasi-délits ;

5° De la loi.

C'est dans le titre III, comme nous l'avons annoncé, que notre Code s'occupe des obligations, qui ont pour cause un contrat;

Et le titre IV est consacré aux obligations qui ont pour cause un quasi-contrat, un délit, un quasi-délit, ou la loi.

10.—Le titre III, que nous abordons, est divisé en six chapitres, dont voici la nomenclature :

Chapitre I : *Dispositions générales;*

Chapitre II : *Des conditions essentielles pour la validité des conventions;*

Chapitre III : *De l'effet des obligations;*

Chapitre IV : *Des diverses espèces d'obligations;*

Chapitre V : *De l'extinction des obligations;*

Chapitre VI : *De la preuve des obligations et de celle du payement.*

Le rapprochement de ces divers chapitres met suffisamment en lumière l'ordre général, que notre législateur a suivi dans la distribution de ce sujet.

Nous nous y conformerons exactement.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

11. — Objet de ce chapitre. — Division.
12. — I. — Ce que c'est qu'un contrat.
13. — Suite. — Différence entre le contrat proprement dit et la simple convention, qui ne constitue pas un contrat.
14. — Critiques, dont la rédaction de l'article 1101 a été l'objet. — Appréciation.
15. — Suite.
16. — Suite.
17. — Suite.
18. — Suite.
19. — Suite.
20. — II. — Combien il y a d'espèces de contrats. — Énumération. — Observation générale.
21. — 1° La première division est celle des contrats bilatéraux ou synallagmatiques et unilatéraux.
22. — Suite. — Faut-il admettre deux espèces de contrats synallagmatiques, dont les uns seraient parfaits et les autres imparfaits?
23. — Suite.
24. — 2° Les contrats sont de bienfaisance ou à titre onéreux.
25. — Suite.
26. — 3° Les contrats sont commutatifs ou aléatoires. — Observation.
27. — Suite. — Les chances de gain ou de perte peuvent-elles exister pour l'une des parties seulement, dans un contrat aléatoire?
28. — 4° Les contrats sont nommés ou innommés.
29. — Suite.
30. — 5° Les contrats sont principaux ou accessoires.
31. — 6° Les contrats sont consensuels ou réels.
32. — Suite.
33. — 7° Les contrats sont non solennels ou solennels.
34. — Suite.
35. — Suite. — Lorsque les parties sont convenues que le contrat, non solennel de sa nature, qu'elles font ensemble, sera rédigé par écrit soit sous seing-privé, soit devant notaire, en résulte-t-il que ce contrat devient solennel? et, en conséquence, la formation en est-elle subordonnée à la rédaction de l'acte écrit?
36. — Suite.
37. — Les divers caractères, qui viennent d'être signalés dans les contrats, ne sont pas exclusifs les uns des autres; et ils peuvent concourir dans le même contrat.
38. — Il est une dernière distinction, qui est générale et qui s'applique à

tous les contrats; à savoir : la distinction des choses qui doivent être considérées comme *essentielles*, *naturelles*, ou *accidentelles*, dans chacun d'eux.

39. — De l'importance de la distinction des diverses espèces de contrats, en matière fiscale.

11. — *Les dispositions générales* de ce chapitre I ont pour but de résoudre cette double question :

I. — Ce que c'est qu'un contrat;

II. — Combien il y a d'espèces de contrats.

12. — I. — L'article 1101 définit le contrat en ces termes :

« Le contrat est une convention, par laquelle une ou « plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs « autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque « chose. »

Or, une convention, en général, c'est l'accord, le *concours* des volontés de deux ou plusieurs personnes sur le même objet : *duorum vel plurium in idem placitum consensus* (Ulpien, l. 1, § 2, ff. *de Pactis*).

D'où il suit que, si tout contrat est une convention, toute convention n'est pas un contrat ; l'un est l'espèce; l'autre est le genre.

Ce qui est caractéristique de la convention, qui constitue le contrat, c'est qu'elle est consentie, comme dit encore Ulpien, *negotii contrahendi causa* (*loc. supra*), dans le but de créer une ou plusieurs obligations; et voilà bien aussi le sens de ces mots de notre article 1101, que le contrat est une convention *par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent*.

13. — Cette première déduction a une importance plus grande peut-être que ne pourraient le faire croire les exemples qui, d'ordinaire, en sont fournis.

Deux personnes conviennent de faire ensemble un voyage d'agrément ou d'instruction ?

Ce n'est point un *contrat !*

Oh ! sans doute; et la règle, dans de telles applications, paraît presque naïve!

Ou encore un père promet à son fils, qui étudie en droit, de lui donner la somme nécessaire pour faire, dans les vacances, un voyage de récréation; il est évident, dit Pothier, que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit (n° 3).

Et cela est, en effet, très-évident!

Mais on peut supposer des hypothèses, où la règle, qui nous occupe, offre, au contraire, un intérêt pratique très-sérieux.

Je vais à Lyon; et vous me chargez de faire pour vous, dans cette ville, une commande chez l'un de vos fournisseurs; je vous le promets; et puis, j'y manque!

Est-ce seulement un bon office que j'avais promis de vous rendre? — Est-ce, au contraire, un mandat que j'avais accepté?

La différence serait grande; et j'encourrais, dans un cas, une responsabilité qui ne m'atteindrait pas dans l'autre.

De même, Paul vous demande de lui prêter 10,000 francs; et, ne sachant pas s'il est solvable, vous me priez de vous dire si vous pouvez faire ce prêt avec sécurité.

Je vous réponds que je connais Paul, qu'il est solvable; et je vous engage à lui prêter les 10,000 francs.

Mais Paul était insolvable; et il ne peut pas vous les rendre.

En serai-je responsable envers vous?

Oui, si c'est un *contrat* de cautionnement que j'ai consenti;

Non, si je me suis borné à vous donner des renseignements, ou même à vous adresser, dans l'intérêt de Paul, une simple *recommandation* (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Caution*, § 3; art. 2015).

Toullier cite une espèce à peu près semblable :

« *Croyez que, si je puis réunir* 4000 *francs, ils seront pour vous.* »

« J'ai pensé, dit-il, que cette phrase d'une lettre écrite par un frère au créancier de son frère, ne contenait qu'une obligation imparfaite. *Croyez*, c'est-à-dire contentez vous de ma parole; *croyez* n'est pas synonyme de *je m'oblige*, *je promets de vous donner;* d'ailleurs, *si je puis*, implique condition. » (T. III, n° 8.)

On peut en voir encore une application intéressante dans un arrêt de la cour d'Orléans du 23 avril 1842 (la ville de Caen, Dev., 1843, II, 383; ajout. Bordeaux, 11 mars 1858, Causse, Dev., 1858, II, 669).

Ces sortes d'appréciations sont parfois délicates; mais le principe une fois posé, elles ne sont plus que des questions d'interprétation.

L'objet sur lequel la convention a porté, son importance plus ou moins grande, les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, et la qualité des parties, telles sont les circonstances principales dont il faudra tenir compte pour décider si cette convention a eu lieu, en effet, *animo contrahendi negotii*, et si elle constitue ou non un contrat (comp. D., Rec. Alph., v° *Obligations*, n° 45).

14.— Au reste, la définition, que l'article 1101 fournit du contrat, a été vivement critiquée; et le double reproche, qu'on lui adresse, porte précisément sur cette formule : que la convention est un contrat par lequel *une ou plusieurs personnes s'obligent....*

D'une part, a-t-on dit, il y a des conventions par lesquelles aucune personne ne s'oblige, et qui n'en sont pas moins formées pourtant dans un but juridique, et très-valables! comme celles par lesquelles les parties conviennent de dissoudre une obligation antérieure;

D'autre part, il y a aussi des conventions par lesquelles l'une des parties *ne s'oblige* pas seulement envers l'autre, mais dont l'effet immédiat est de transmettre la propriété de la chose qui en est l'objet;

Donc, à ce double point de vue, la rédaction de l'ar-

ticle 1101 est *profondément inexacte!* (Marcadé, art. 1101, n° 1; comp. Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 548.)

Nous ferons remarquer d'abord que cette inexactitude n'est que de médiocre importance; car elle n'est que dans les mots, et n'intéresse nullement le fond des choses ni les principes.

Il faut ajouter qu'elle peut être, sinon justifiée tout à fait, du moins très-suffisamment expliquée.

15. — On reproche aux rédacteurs de notre Code de n'avoir pas compris, dans la définition du contrat, la convention qui a pour objet d'éteindre une obligation préexistante.

Or, cette obligation, ils l'ont empruntée à Pothier, qui enseignait précisément que « l'espèce de convention, *qui a pour objet de former quelque engagement,* est celle qu'on appelle *contrat* (n° 3).

Et tel est, en effet, philosophiquement, le vrai sens de ce mot : *contrat*, qui implique l'idée d'un lien qui se forme et se *contracte.*

Dissoudre une obligation préexistante, ce n'est donc pas *contracter* dans l'acception technique de ce mot; c'est plutôt *distracter!*

Voilà le contrat, tel qu'il est défini par l'article 1101, comme producteur d'obligations.

Ce n'est pas à dire, sans doute, que toute autre convention, qui sera faite dans un but juridique, ne sera pas obligatoire!

« Une convention ou un pacte, dit Pothier, est le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, *ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier.* » (*Loc. supra cit.*)

C'est là ce que notre Code reconnaît aussi, bien entendu! et la preuve en est dans les articles 1108 et 1135, où le mot *convention* est employé dans ce sens large, qui comprend non-seulement celles des conventions, qui créent des *obligations* et que la langue juridique désigne

sous la dénomination de *contrat*, mais encore toutes celles par lesquelles les parties demeurent d'accord sur quelque intérêt juridique que ce soit.

16. — Quant à cette autre critique, qui reprend les rédacteurs du Code pour n'avoir pas, dans la définition du contrat, exprimé qu'il peut être translatif de propriété, nous pensons qu'il est encore possible d'y répondre.

Ce n'est pas, il est vrai, dans le droit ancien que nous trouverons, cette fois, une explication; car cet effet du contrat, en tant qu'il est par lui-même translatif de propriété ou de droits réels, est tout à fait de droit moderne!

Mais on pourrait prétendre d'abord que cet effet nouveau du contrat se trouve compris dans la définition de l'article 1101 ; telle est même l'explication de notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre.

« Aujourd'hui, dit-il, que la convention de transférer la propriété transfère immédiatement ce droit, il est impossible de refuser le nom de contrat aux conventions qui ont cet objet, parce qu'il ne peut plus y avoir de différence, sous ce rapport, entre la convention par laquelle une personne promet de donner un corps certain, convention comprise dans la définition de l'article 1101, et celle par laquelle une personne consent à donner immédiatement la propriété » (t. V, n° 3 *bis*). »

Ajoutons, pour ceux que cette explication pourrait ne pas satisfaire, que l'effet nouveau du contrat, considéré comme translatif de la propriété ou d'autres droits réels, n'appartient pas à tous les contrats; très-différent de l'obligation personnelle, qui en est un effet inséparable; et ceci pourrait expliquer comment les rédacteurs, dans leur définition, ont mentionné comme effet du contrat le *droit personnel*, sans mentionner le *droit réel* (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n°s 2 et 3; *Dispositions générales*).

17. — Autre reproche encore qui a été fait à notre définition.

On a objecté qu'elle ne s'applique qu'au contrat unilatéral, qui produit seulement des obligations de l'une des parties envers l'autre, et qu'elle omet le contrat bilatéral, qui produit des obligations réciproques;

Tandis que Pothier avait eu soin de dire que le contrat est une convention par laquelle *les deux parties réciproquement, ou seulement l'une d'elles, promettent ou s'engagent....* (n° 3).

Ce rapprochement prouve bien sans doute que la définition de notre Code n'est pas aussi détaillée que celle de Pothier.

Mais il ne s'ensuit pas qu'elle soit inexacte; ce que le législateur a voulu surtout mettre en relief, c'est ce caractère distinctif du contrat qui consiste à créer des *obligations;* et, dès lors, toute convention, qui a cet effet, soit pour l'une des parties seulement, soit pour l'une et pour l'autre à la fois, rentre, à vrai dire, dans les termes généraux de la définition, qui se trouve d'ailleurs expliquée par les articles qui suivent (art. 1102).

18. — En résumé, la convention, c'est-à-dire l'accord des volontés de deux ou plusieurs personnes dans un même but juridique, peut avoir pour objet :

Soit la création d'une obligation personnelle;

Soit la translation d'un droit de propriété ou d'un droit réel quelconque ;

Soit la modification ou l'extinction d'une obligation.

On vient de voir, par les explications, que nous avons fournies, que la qualification de *contrat*, dans le sens technique de ce mot, d'après la définition ancienne, et même encore d'après la nouvelle, n'est pas appliquée indistinctement à ces trois sortes de conventions.

Mais ce n'est là, en définitive, qu'une question de terminologie ; et toutes ces conventions n'en sont pas moins parfaitement légales (art. 1134, 1138).

19. — Est-ce la peine de remarquer qu'il ne faut pas confondre le *contrat* avec l'acte extérieur, l'*instrumentum*, qui est destiné à en constater la preuve.

Cette confusion se produit, il est vrai, souvent dans le langage vulgaire ; et elle paraît même s'être glissée dans le texte du législateur ! (Art. 931, 2117; 1915, 1984 ; comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. III, n° 14.)

Mais c'est là, en effet, une confusion du droit avec le fait, et nous pourrions presque dire de l'*esprit* avec la *matière !*

20. — II. Nous venons de voir ce que c'est qu'un contrat.

Voyons maintenant combien il y a d'espèces de contrats. (*Supra*, n° 11.)

On peut en distinguer sept ; à savoir :

1° Le contrat bilatéral ou synallagmatique et le contrat unilatéral ;

2° Le contrat à titre onéreux et le contrat de bienfaisance ;

3° Le contrat commutatif et le contrat aléatoire ;

4° Le contrat nommé et le contrat innommé ;

5° Le contrat principal et le contrat accessoire ;

6° Le contrat consensuel et le contrat réel ;

7° Le contrat solennel et le contrat non solennel.

Les quatre premières espèces sont seules définies par les articles de ce chapitre.

Mais les trois autres, pour n'avoir pas été définies légalement, n'en sont pas moins certaines.

Ces distinctions, d'ailleurs, ne sont pas, quoi que l'on ait dit, purement doctrinales ; elles dérivent de la nature même des choses ; et nous n'admettons pas, avec M. Larombière, qu'elles manquent d'utilité pratique. (Art. 1102 et suiv., n° 10.)

Elles procèdent d'ailleurs généralement de l'une de ces trois causes :

Soit de la réciprocité ou de la non réciprocité des obligations que le contrat produit;

Soit de la réciprocité, plus ou moins égale, ou de la non-réciprocité des avantages qui en résultent pour chaque partie;

Soit des conditions particulières qui sont ou ne sont pas requises pour la formation du contrat.

Nous allons les examiner successivement.

21. — 1° La première division est celle des contrats bilatéraux et unilatéraux.

Article 1102 : « Le contrat est synallagmatique ou « bilatéral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. »

Article 1103 : « Il est unilatéral, lorsqu'une ou plusieurs « personnes sont obligées envers une ou plusieurs au- « tres, sans que, de la part de ces dernières, il y ait d'en- « gagement. »

Ainsi, ce qui caractérise le contrat synallagmatique ou bilatéral, c'est qu'il fait naître, en même temps, deux obligations principales et corrélatives, dont l'une est la cause de l'autre : « *ultro citroque obligationem*, dit Ulpien, « *quod Græci* συνάλλαγαμα *vocant.* » (L. 19, ff. de verbor. signif.)

Tel le contrat de vente, d'où résulte l'obligation, pour le vendeur, de livrer la chose, et l'obligation, pour l'acheteur, de payer le prix ; obligations réciproques, qui sont également essentielles à la formation du contrat (art. 1582 ; comp. art. 1702, 1709, 1832, etc.);

Tandis que ce qui caractérise le contrat unilatéral, c'est qu'il ne fait naître d'obligation que d'un seul côté, *ex uno latere;* de sorte que l'une des parties seulement est obligée et point l'autre.

Tels les contrats de prêt, de dépôt, de nantissement, de cautionnement, etc. (Comp. Pont, *Des petits contrats*, etc., n° 20.)

Je vous remets, à titre de prêt, une somme de

10000 fr.; vous voilà, vous! obligé, envers moi, à me rendre cette somme; mais moi, est-ce que je suis tenu d'une obligation envers vous? évidemment non! vous êtes débiteur, et je suis créancier; tels sont nos rôles; c'est-à-dire qu'il n'y a qu'une seule obligation! (Art. 1875, 1892; comp. art. 1915, 1984, 2011, 2071, etc.)

L'intérêt pratique de cette distinction est considérable.

Si, en effet, le contrat est synallagmatique, il faut appliquer, soit l'article 1184, qui porte que la condition résolutoire y est toujours sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement; soit l'article 1325, qui exige que les actes sous seing-privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Le contrat est-il, au contraire, unilatéral? par la force même des choses, l'article 1184 ne saurait recevoir d'application;

L'article 1325 ne serait pas non plus applicable; de sorte que le contrat de dépôt, par exemple, pourrait être prouvé par un acte sous signature privée fait en un seul original;

Et, s'il s'agit d'un contrat fait sous signature privée, par lequel l'une des parties s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, il faut appliquer l'article 1326 qui exige que le billet ou la promesse soit écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins que, outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant, en toutes lettres, la somme ou la quantité de la chose.

22. — On a, dès longtemps, distingué, dans la doctrine, deux sortes de contrats synallagmatiques : les uns, parfaits; les autres, imparfaits.

Les premiers sont ceux que nous venons de définir, et qui imposent à chacune des parties des obligations principales;

Les autres sont ceux dans lesquels, dit Pothier, il n'y a que l'obligation de l'une des parties qui soit l'obligation principale du contrat ; tels sont les contrats de mandat, de dépôt, de prêt à usage, de nantissement. Dans ces contrats, l'obligation que contracte le mandataire de rendre compte de sa commission, celle que contractent le dépositaire, l'emprunteur ou le créancier, de rendre la chose qui leur a été donnée à titre de dépôt, de prêt à usage ou de nantissement, sont les seules obligations principales de ces contrats ; celles que contracte le mandant ou celui qui a donné la chose en dépôt ou en nantissement, ou qui l'a prêtée, ne sont que des obligations incidentes, auxquelles donne lieu, depuis le contrat, la dépense qui a été faite par l'autre partie pour l'exécution du mandat ou par la conservation de la chose donnée à titre de prêt, de dépôt ou de nantissement ; au lieu que l'action, qui naît de l'obligation principale se nomme *actio directa*, celle qui naît de ces obligations incidentes, se nomme *actio contraria* (n° 9).

Cette analyse est exacte, sans doute ; et il est vrai que, parmi les contrats unilatéraux, il y en a qui ne produisent jamais d'obligation que de la part de l'une des parties, sans aucune obligation, incidente même ou éventuelle, de la part de l'autre ; comme, par exemple, le prêt de consommation (art. 1892) ; tandis qu'il en est un certain nombre qui, bien que ne produisant d'obligation principale que de la part de l'une des parties, peuvent, incidemment et éventuellement, produire aussi une obligation de la part de l'autre, comme les contrats cités par Pothier, de prêt à usage, de dépôt, de mandat ou de nantissement (comp. art. 1880 et 1888 ; 1927 et 1947 ; 1991 et 1998 ; 2078 et 2080).

Il est donc bien de faire une place à cette sous-distinction, dans la nomenclature que nous présentons des diverses espèces de contrats ; d'autant plus qu'elle n'est pas sans utilité, et qu'elle jouera même, ainsi que nous

le verrons plus tard, un rôle considérable dans la théorie délicate *du droit de rétention* (comp. art. 1948; notre *Traité de la Distinction des biens,* t. I, nos 682; et notre *Traité des Successions,* t. IV, nos 503-504).

Mais, en même temps, il importe de remarquer que notre Code ne la mentionne pas; et que ces contrats, que les auteurs anciens appelaient *synallagmatiques imparfaits,* et auxquels les auteurs modernes ont conservé cette appellation, ne sont, d'après les textes de notre Code, que des contrats unilatéraux (comp. art. 1102 et 1103);

Et non-seulement d'après les textes; mais nous ajoutons d'après les vrais principes; malgré le dissentiment de Toullier (t. III, n° 19), de Taulier (t. IV, p. 255 et suiv.), et de M. Larombière (*loc. supra cit.*), dissentiment qu'un fragment des Institutes de Justinien semblerait, nous en convenons, autoriser (*De auctoritate tutorum, princ.*).

Cette obligation, en effet, que certains contrats unilatéraux peuvent produire, de la part de la partie que ces contrats n'ont pas pour but d'obliger, elle n'est pas une des conditions de leur existence; bien loin de là! elle est purement éventuelle et secondaire, de sorte qu'elle peut naître ou ne pas naître, suivant les cas; et que, lorsqu'elle prend naissance, elle n'a pas un caractère principal, et qu'elle n'est toujours qu'une conséquence subordonnée de l'obligation primitive, qui seule forme l'objet de ces contrats.

Aussi, faut-il tenir pour certain que les contrats que l'on appelle synallagmatiques imparfaits, ne sont pas soumis à l'application de l'article 1325 (comp. *supra,* n° 20; Colmar, 8 mai 1845, Fellmann, Dev., 1847, II, 117; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, nos 5 et 5 *bis,* II; Massé et Vergé, t. III, p. 549; D. Rec. alph. v° *Obligations,* n° 60; Larombière, t. III, art. 1325, n° 11).

23. — Ce qui est vrai seulement, c'est que le caractère bilatéral ou unilatéral du contrat peut être subor-

donné au caractère des clauses accessoires, que les parties sont libres d'y ajouter (art. 1107, 1134).

C'est ainsi que les contrats synallagmatiques imparfaits, comme on les appelle, peuvent devenir des contrats synallagmatiques parfaits, lorsqu'il résulte de la convention que chacune des parties a entendu contracter une obligation principale et distincte (comp. Cass. 26 juillet 1854, Desoye, Dev., 1855, I, 33).

Mais il faut, suivant nous, que tel soit, en effet, le résultat certain de la convention des parties; et, dans le doute, nous pensons que l'on doit maintenir le caractère unilatéral qui appartient au contrat, d'après sa nature.

Dans un contrat de prêt, par exemple, le prêteur s'oblige à ne retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu.

M. Larombière paraît en induire que le contrat, d'unilatéral qu'il est par sa nature, est devenu synallagmatique par ce pacte accessoire (t. I, art. 1102, n° 2).

Nous ne le croirions pas ainsi; et ce pacte, s'il était seul, ne ferait, à notre avis, qu'exprimer l'une des conséquences ordinaires et naturelles du contrat de prêt; il n'aurait, en un mot, pour but que de préciser l'obligation de l'emprunteur lui-même (arg. de l'art. 1888).

Supposons encore que, dans un contrat de dépôt ou de mandat, le déposant ou le mandant s'est obligé à payer un salaire au dépositaire ou au mandataire.

Cette clause imprimerait-elle à ces contrats un caractère synallagmatique?

La réponse dépend, avant tout, d'une question d'interprétation, à décider d'après les circonstances, eu égard à l'importance plus ou moins grande de l'objet du mandat ou du dépôt, et du salaire promis; d'où il pourrait même résulter qu'il ne s'agit pas d'un mandat ou d'un dépôt, mais d'un louage de services (comp. Troplong, *du Dépôt*, art. 1917, nos 12, 13; et *du Mandat*, art. 1986, n° 154).

Mais, en général, la simple promesse d'une rémuné-

ration ou d'un salaire, par le déposant ou par le mandant, ne nous paraîtrait pas devoir faire perdre au contrat de mandat ou de dépôt son caractère unilatéral (arg. des art. 1928 et 1984; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 204; Massé et Vergé, t. III, p. 550; D. Rec. alphab., v° *Obligations*, n° 64).

24. — 2° Aux termes de l'article 1105 :

« Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une « des parties procure à l'autre un avantage purement « gratuit. »

Et l'article 1106 ajoute que :

« Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit cha« cune des parties à donner ou à faire quelque chose. »

Le mandat, le depôt, le prêt sans intérêt, le cautionnement, voilà des contrats de bienfaisance, que l'on aurait pu appeler *à titre gratuit*, par opposition aux contrats *à titre onéreux*.

La donation, sans doute, est aussi un contrat de bienfaisance, dans l'acception large de ce mot; et elle est elle-même, en effet, à beaucoup d'égards, soumise aux règles qui gouvernent les contrats en général (arg. de l'article 1107); mais, pourtant, nous avons déjà remarqué qu'il ne la faut pas confondre avec les contrats de bienfaisance proprement dits, auxquels l'article 1105 surtout se réfère (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 48).

Au contraire, la vente, le louage, la société, la transaction, sont des contrats à titre onéreux, c'est-à-dire des contrats *intéressés de part et d'autre ;* car voilà leur vrai caractère; et l'article 1106 les a définis d'une manière tout au moins équivoque, en disant que le contrat à titre onéreux est celui qui ASSUJETTIT *chacune des parties à donner ou à faire quelque chose;* cette formule, en effet, pourrait faire croire qu'il n'y a de contrats à titre onéreux que ceux qui produisent des *obligations* de la part des deux parties; d'où il suivrait que tous les contrats à

titre onéreux seraient synallagmatiques (comp. les articles 1102 et 1106); or, rien ne serait plus inexact! car les contrats unilatéraux peuvent être et sont fort souvent eux-mêmes à titre onéreux; comme, par exemple, le prêt avec intérêt.

Il est vrai, sans doute, que les contrats synallagmatiques sont tous nécessairement à titre onéreux; tandis que, parmi les contrats unilatéraux, les uns sont à titre onéreux, et les autres de bienfaisance; mais voilà tout.

Ce que l'article 1106 signifie donc seulement, c'est qu'il faut, pour que le contrat soit à titre onéreux, qu'il impose la nécessité, non pas précisément d'*obligations*, mais du moins de *prestations réciproques;* c'est, en un mot, qu'il soit le *contre-pied* du contrat de bienfaisance, et que chacune des parties, loin de vouloir procurer à l'autre un avantage, indépendamment de toute prestation de sa part, y recherche, au contraire, son propre avantage; et voilà comment Pothier définissait, bien plus exactement, les contrats à titre onéreux ceux *qui se font pour l'utilité réciproque de chacune des parties* (n° 12).

Quel est l'intérêt de cette distinction?

C'est, d'une part, que l'erreur sur la personne aura toujours, dans les contrats à titre gratuit, beaucoup plus de gravité que dans les contrats à titre onéreux (comp. art. 1109);

C'est, d'autre part, que l'appréciation des fautes, et de la responsabilité qu'elles engendrent, sera faite d'une manière plus ou moins indulgente, suivant qu'il s'agira d'un contrat de bienfaisance ou d'un contrat intéressé (comp. art. 1137, 1927, 1928, 1992).

25. — Pothier distinguait, entre les contrats de bienfaisance et les contrats à titre onéreux, des contrats *mixtes,* par lesquels, disait-il, celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne; tels que les

donations faites sous quelques charges imposées au donataire (n° 12).

Quoique cette distinction ait été reproduite encore dans le droit nouveau (comp. Toullier, t. III, n° 20; Larombière, t. I, art. 1105, n° 7);

La vérité est que notre Code ne l'admet pas, et que ces sortes de contrats doivent, en conséquence, être classés, soit parmi les contrats de bienfaisance, soit parmi les contrats à titre onéreux, suivant que l'un ou l'autre de ces caractères y prédomine, sauf à tenir compte de l'intention des parties, telle que les clauses particulières du contrat pourraient la révéler (*voy.* art. 1928-2°, et 1992; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 52).

26. — 3° La division des contrats en commutatifs et aléatoires n'est qu'une sous-division des contrats à titre onéreux; et voilà pourquoi nous avons exposé d'abord les articles 1105 et 1106, avant d'arriver à l'article 1104, qui, dans l'ordre logique des idées, ne doit, en effet, venir qu'après eux.

Il est ainsi conçu :

« (Le contrat) est commutatif, lorsque chacune des « parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est « regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, « ou de ce qu'on fait pour elle.

« Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain « ou de perte pour chacune des parties, d'après un évé- « nement incertain, le contrat est aléatoire. »

Tous les contrats à titre onéreux sont évidemment commutatifs, dans l'acception large de ce mot, puisqu'ils sont intéressés de part et d'autre, et que chacune des parties n'entend donner ou faire une chose, que comme équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle.

La seule différence, entre le contrat commutatif proprement dit, qui ne s'appelle que de ce nom, et le contrat

commutatif, qui s'appelle spécialement aléatoire, c'est que, dans le premier, l'équivalent est fixé par les parties elles-mêmes, et n'est pas susceptible de varier; tandis que, dans le second, cet équivalent n'est pas fixé par les parties et consiste dans la chance, *alea*, d'un événement incertain, d'où peut résulter, pour l'une ou pour l'autre, une perte ou un bénéfice dont le chiffre est inconnu.

La vente, le louage, la société, voilà des contrats commutatifs purs;

Le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le contrat de rente viagère, le jeu, le pari sont, au contraire, aléatoires (art. 1964).

Le bénéfice résultant d'un contrat aléatoire peut être, par l'événement, très considérable pour l'une des parties; et la perte très considérable pour l'autre!

Sans doute; mais c'est dans cette chance précisément que l'équivalent consistait; et quelque considérable, en effet, que puisse être l'inégalité que l'événement a produite entre les deux contractants, celui que la chance a maltraité, ne peut jamais demander la rescision du contrat pour cause de lésion; car cette inégalité a une cause légitime; elle est, selon Pothier, *suscepti periculi pretium!* (*Traité du contrat d'assurance,* n° 1.)

Il est vrai que la rescision pour cause de lésion n'est que très-rarement admise même dans les contrats purement commutatifs; mais enfin, elle y est admise, dans certains cas, exceptionnellement; or, même dans des cas exceptionnels, le caractère aléatoire du contrat y ferait obstacle.

C'est ainsi que, malgré la règle, d'après laquelle tout acte qui fait cesser l'indivision entre cohéritiers est rescindable, comme un partage, pour cause de lésion, de quelque nom qu'il ait été qualifié, de vente ou d'échange ou autrement, l'action en rescision ne serait pas admise contre une vente de droits successifs qui aurait été faite à l'un des cohéritiers, *à ses risques et périls*, par ses au-

tres cohéritiers ou par l'un d'eux. (Art. 888-889; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 442.)

Pareillement, quoique la vente d'un immeuble soit rescindable, lorsque le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix, l'action en rescision pour cause de lésion ne serait pas admise, si la vente avait été consentie moyennant une rente viagère. (Art. 1968.)

27. — D'après l'article 1104, le contrat est aléatoire, lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte *pour chacune des parties ;*

Tandis que, d'après l'article 1964, le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit *pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entr'elles,* dépendent d'un événement incertain.

Ces deux définitions sont évidemment en désaccord.

Laquelle est la plus juridique?

On a répondu qu'il fallait préférer la définition de l'article 1964 à celle de l'article 1104, et que, dans les contrats aléatoires, la chance de gain et de perte pouvait n'exister que pour l'une des parties.

« En effet, dit Duranton, dans le contrat d'assurance, par exemple, il y a bien chance de gain ou de perte pour l'assureur; car c'est l'événement, qui lui rendra le contrat profitable ou avantageux; mais nous ne voyons pas *qu'il y ait chance de gain pour l'assuré*, puisqu'il ne peut rien avoir au delà de l'estimation de la chose assurée; ni qu'il y ait *non plus chance de perte pour lui*, puisque la prime, qu'il s'oblige à payer, doit l'être à tout événement. » (T. X, p. 77; comp. Marcadé, art. 1104; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, n° 550.)

Il nous paraît, au contraire, certain qu'il est de l'essence même du contrat aléatoire que la chance de gain ou de perte existe, suivant les termes de l'article 1104, *pour chacune des parties.*

Est-ce que, en effet, l'une peut *gagner*, sans que l'autre

perde? et réciproquement, conçoit-on que l'une *perde*, sans que l'autre *gagne?*

Assurément non!

On a objecté que, dans le contrat d'assurance, l'assuré ne gagne pas, en cas de sinistre, l'estimation de la chose que l'assureur perd en la lui payant; car, dit-on, l'assuré, lui, ne fait pas un gain; il évite seulement une perte; son patrimoine n'est pas diminué, c'est vrai! mais il n'est pas augmenté (comp. Fenet, t. II, p. 582; t. III, p. 557; t. IV, p. 129).

Le vice d'un tel raisonnement est, suivant nous, manifeste!

Il ne s'agit pas de savoir si l'assuré gagne ou ne gagne pas d'une manière absolue, et indépendamment du contrat d'assurance qu'il a fait; ni si son patrimoine se trouve augmenté ou diminué.

La question n'est pas là! il s'agit de savoir si l'assuré ne gagne pas, *contre l'assureur,* par l'effet relatif du contrat qu'il a fait avec lui, la somme représentative de sa chose détruite!

Or, qu'il gagne cette somme au détriment de l'assureur, par le contrat d'assurance, cela est de toute évidence! car il ne l'aurait pas, s'il ne s'était pas assuré; et il l'a, par le contrat d'assurance, en retour seulement des primes minimes qu'il a payées.

Donc, par la force même des choses, la chance de gain ou de perte est toujours réciproque, pour chacune des parties, dans les contrats aléatoires.

Ce qui est vrai seulement, c'est que certains contrats aléatoires consistent uniquement dans des chances réciproques de gain ou de perte, comme le jeu ou le pari; tandis que certains autres consistent, disent fort bien MM. Aubry et Rau (t. III, p. 204), dans des chances de cette nature, combinées avec un avantage certain pour l'une ou l'autre des parties, comme le contrat d'assurance ou de constitution de rente viagère; et cette dis-

tinction, en effet, pourrait concilier les deux rédactions des articles 1104 et 1964, dont l'un serait ainsi le complément de l'autre ; mais il n'en faut pas moins tenir pour certain que les chances de gain ou de perte existent toujours, pour chacune des parties, dans les contrats aléatoires.

28. — 4° L'article 1107 est ainsi conçu :

« Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination « propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des « règles générales qui sont l'objet du présent titre.

« Les règles particulières à certains contrats sont éta- « blies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les « règles particulières aux transactions commerciales « sont établies par les lois relatives au commerce. »

C'est une division très-ancienne que celle des contrats nommés et des contrats innommés ; et afin de s'en bien rendre compte, il convient de la considérer à un double point de vue, rationnellement et historiquement.

Et d'abord, rationnellement, il est d'évidence que, parmi les contrats, il en est quelques-uns, les plus usuels, les plus importants, qui se reproduisent toujours avec les mêmes caractères ; tandis que tous les autres, moins fréquents et moins importants, offrent, au contraire, une infinie variété dans les combinaisons sans nombre, dont ils sont susceptibles, au gré des intérêts, des convenances ou de la fantaisie même des parties ! et il doit, en conséquence, tout naturellement, arriver que les premiers reçoivent une dénomination spéciale, comme la vente, le louage, la société ; tandis que les autres, impossibles à prévoir tous, ne sont et ne peuvent être désignés, *a priori*, par aucune dénomination. Et de là cette distinction des contrats *nommés* et des contrats *innommés*, qui, ainsi envisagée, procède de la nature même des choses, et qui est, en effet, à ce point de vue, de tous les pays et de tous les temps.

Mais cette distinction avait revêtu, en Droit romain,

un caractère particulier, qui la fait apparaître, historiquement, sous un aspect tout autre! Les jurisconsultes romains, en effet, ne donnaient le nom de *contrats* qu'à celles des conventions qui étaient reconnues comme obligatoires et munies d'une action par l'ancien droit civil. Toutes les autres conventions demeuraient confondues sous la dénomination générique de *pactes;* et cela, non-seulement lorsque ces conventions étaient destituées d'action et ne produisaient qu'une exception, mais encore lorsqu'elles étaient elles-mêmes munies d'une action, résultant, par exemple, de ce qu'elles avaient reçu un commencement d'exécution *re*. Ces sortes de contrats étaient, disons-nous, eux-mêmes *innommés*, dans le sens romain de ce mot, parce qu'ils ne produisaient pas une action à laquelle le nom particulier du contrat fût attaché.

Le caractère tout romain de cette distinction se trouve parfaitement exprimé par Ulpien, en ces termes :

« Juris gentium conventiones quædam actiones pa-
« riunt, quædam non pariunt :— Quæ pariunt actiones,
« *in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium no-*
« *men contratus;* ut emptio, venditio; locatio, conductio;
« societas, commodatum, depositum, et cæteri similes
« contractus. — *Sed si in alium contractum res non trans-*
« *eat*, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respon-
« dit esse obligationem... » (ff. *de Pactis*, *princ.*, § 1 et 2).

Voilà quelle était, chez les Romains, la différence entre les contrats *nommés* et les contrats *innommés;* elle ne venait pas de ce que les uns auraient eu un nom, tandis que les autres n'en auraient pas eu ; l'échange, très-connu à Rome sous le nom de *permutatio*, n'en était pas moins un contrat *innommé!* car il n'était pas un contrat muni d'une action spéciale par l'ancien droit civil ; il ne produisait donc pas une action qui lui fût particulière, mais seulement l'action générale *præscriptis verbis*, qui était commune à toutes les conventions innommées (*infra*, n° 354; comp. Vernet, *Textes choisis sur la théorie des*

obligations en droit romain; Accarias, *Théorie des contrats innommés*, etc.).

29. — La distinction, ainsi envisagée dans la tradition historique, est complétement étrangère à nos principes français.

Aucune différence substantielle n'a jamais distingué, dans notre Droit, les contrats *nommés* d'avec les contrats *innommés ;* ils se forment, les uns et les autres, de la même manière; et nous leur donnons également à tous le nom de *contrats !*

C'est sans doute en ce sens que l'article 1107 paraît proscrire toute distinction de ce genre entre les contrats, *soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas*.

Toutefois, cette distinction entre les contrats nommés et les contrats innommés, si elle n'existe pas chez nous avec son caractère historique, d'origine romaine, n'en doit pas moins y être reconnue, avec ce caractère essentiel qui lui appartient philosophiquement.

Et en voici l'utilité pratique :

S'agit-il d'un contrat *nommé,* pour lequel le Code Napoléon a posé des règles particulières, tels que la vente, l'échange, le louage, la société, etc. ? il faut appliquer ces règles particulières, de préférence aux règles générales; et c'est seulement à défaut de règles particulières, dans le titre spécial qui leur est consacré, qu'il y a lieu de recourir aux règles communes, que le Code a édictées pour les *obligations conventionnelles en général*.

La même observation s'applique aux *transactions commerciales* [1], qui demeurent sans doute soumises elles-mêmes aux règles générales qui gouvernent les *transactions* civiles, mais qui sont, avant tout, régies spécialement *par les lois relatives au commerce.*

1. Le mot : *transactions* n'est pas employé ici dans son acception spéciale et technique (art. 2044), mais dans une acception générale et peu correcte, il faut bien le dire, comme synonyme du mot : *conventions*.

S'agit-il, au contraire, d'un contrat *innommé*, dont le Code Napoléon ne s'est pas spécialement occupé? c'est dans notre *Titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, qu'il faut de suite entrer pour en trouver les règles ; et même il ne faut pas en sortir, pour aller chercher d'autres règles dans les titres spéciaux que le Code a consacrés aux *contrats nommés*; ou du moins, ces dernières règles ne sont-elles alors applicables que par voie d'analogie. (Comp. Duranton, t. X, n° 92; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 205; Larombière, t. I, art. 1107, n°s 2-3.)

30. — 5° Le contrat principal est celui qui est fait pour lui-même, et qui n'est pas subordonné à un autre contrat ;

Tandis que le contrat accessoire est une dépendance d'un autre contrat, dont il a pour but d'assurer l'exécution, tels que les contrats de cautionnement, de nantissement.

Les uns, a-t-on dit encore, sont des contrats d'*acquisition;* et les autres des contrats *de garantie* (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 205; Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. I, n°s 136 et 584; Gauthier La Chapelle, *Encycl. de droit*, v° *Contrat*, n°s 85-86.)

L'intérêt pratique de cette division résulte des termes mêmes qui la définissent.

Il est clair, en effet, que, à la différence du contrat principal, dont les conditions de validité doivent être appréciées d'une manière absolue, on doit, au contraire, apprécier, d'une manière relative, les conditions de validité du contrat accessoire; et qu'il faut le considérer, non pas isolément, mais dans ses rapports avec le contrat principal, au sort duquel il est lié (comp. art. 2012, 2180, n° 1.)

31. — 6° Quant à la distinction des contrats consensuels et des contrats réels, elle va mettre, une fois de plus, en relief la différence profonde que nous avons déjà

signalée, entre le droit romain et le droit français, en ce qui concerne le mode de formation des contrats. (*Supra*, n° 28.)

Chez les Romains, en effet, le principe général était que le consentement des parties ne suffit pas pour rendre la convention civilement obligatoire ; à l'exception d'un petit nombre de contrats, la vente, le louage, la société, le mandat, qui se forment *solo consensu*, il faut, pour les autres, une condition additionnelle et spéciale, sans laquelle la convention, dépourvue de force obligatoire, demeure à l'état de simple *pacte;* voilà comment on disait que les autres contrats se forment *re, verbis* ou *litteris*, pour exprimer que, en outre du consentement des parties, il faut, soit la tradition d'une chose, soit la solennité des paroles ou la *stipulation*, soit l'emploi de l'écriture; et c'est cet élément de la formation du contrat que les jurisconsultes romains, ou plutôt, peut-être, les commentateurs désignent sous la dénomination de *causa*, ou, comme disent la plupart, *causa civilis*, dénomination toute historique et très-remarquable, qui exprime scientifiquement fort bien le caractère particulier de cette condition qui, en transformant le *pacte* en *contrat*, devient la *cause efficiente* des obligations qui en résultent. (Comp. *infra*, n° 354; Inst., lib. III, tit. XIII, *De obligationibus;* l. VII, § 2, ff. *de Pactis;* l. XLIX, § 2, ff. *de Peculio.*)

C'est ainsi que le *mutuum*, le prêt de consommation, est un contrat qui se forme *re*.

En quel sens ?

Est-ce parce que l'obligation de l'emprunteur, étant de *rendre*, ne peut naître qu'après qu'il a *reçu?*

Oh ! certes, oui, en ce sens, le *mutuum* est, en droit romain, un contrat *réel*, comme nous disons dans notre Droit.

Mais telle n'est pas la signification latine et technique de ces mots, que le *mutuum* est un contrat qui se forme *re;* ce qui en résulte, ce n'est pas seulement que le contrat

de *mutuum* ne s'accomplit que par la numération des espèces; c'est qu'il n'y a pas même de *contrat* avant cette numération! c'est, enfin, que la convention de prêter n'est pas obligatoire, et n'engendre aucune action, par laquelle la partie qui s'est obligée à faire un prêt, puisse y être contrainte juridiquement!

Aussi pensons-nous que c'est avec raison que M. Humbert a reproché, sur ce point, à notre regretté collègue Vernet, d'avoir confondu *la cause efficiente* avec la cause *finale* (comp. *infra*, nº 354; Vernet, *Textes choisis*, etc., p. 12; Humbert, *Revue historique de droit français*, etc., 1865, p. 655).

Telle est la doctrine roma ne.

32. — Très-différente est la doctrine française!

Le principe général, chez nous, c'est que les contrats se forment par le seul consentement des parties (art. 1101, 1108, 1134); et notre droit n'exige aucune condition additionnelle, ni de *tradition*, ni de *paroles*, ni d'*écriture*, pour que la convention soit civilement obligatoire (comp. Colmar, 8 mai 1845, Fellmann, Dev., 1847, I, 117.)

A ce point de vue donc, tous nos contrats sont *consensuels;* et nous n'avons pas de contrats *réels*, c'est-à-dire de contrats qui se forment *re*, suivant l'acception romaine de ce mot.

Telle est, en effet, l'ancienne maxime française, dont Loysel a fait une de ses règles :

« ..... *Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain.* » (Inst. coutum., liv. III, tit. I, règle I.)

Mais il est évident que nous avons aussi des contrats *réels*, en ce sens que certains contrats sont tels qu'ils ne peuvent naître, avec le caractère propre qui les constitue, qu'autant qu'il y a eu tradition de la chose, à laquelle ils s'appliquent.

« Le prêt à usage ou commodat, dit l'article 1875,

« est un contrat par lequel l'une des parties *livre une* « *chose à l'autre* pour s'en servir, à la charge par le pre- « neur *de la rendre*, après s'en être servi. »

Et de même du prêt de consommation, d'après l'article 1892; — du dépôt, d'après l'article 1915; — du nantissement, d'après l'article 2071.

Cette condition-là, en effet, dérive de la nécessité même; à ce point que c'est presque une naïveté de l'exprimer. Conçoit-on, par exemple, un prêt sans numération d'espèces et qu'une partie soit obligée de *rendre*, quand elle n'a pas *reçu!*

La convention, par laquelle je me serais obligé à vous prêter 100,000 fr., serait obligatoire sans doute; mais elle ne constituerait pas un prêt, tant que je ne vous aurais pas livré cette somme; elle serait un contrat innommé, une promesse de prêt; et, en cet état, c'est le futur *prêteur*, qui serait obligé; tandis que c'est l'emprunteur seul, qui est obligé par le contrat de prêt une fois accompli!

Cette distinction des contrats consensuels et des contrats réels a son importance; et nous la verrons notamment jouer un rôle dans la célèbre question de savoir si l'hypothèque constituée pour la garantie d'un crédit ouvert, date du jour de la convention ou seulement du jour de la numération des espèces. (Comp. Cass., 10 août 1831, Julienne, D., 1831, I, 303; Paris, 30 mars 1842, Violette, Dev., 1843, II, 113; Troplong, *Des Priv. et hypothèques*, n°s 478-480.)

33. — 7°. Reste la distinction des contrats non solennels et des contrats solennels. (*Supra*, n° 20.)

Nous appelons contrats *non solennels* ceux à la formation desquels suffisent les conditions ordinaires du droit commun;

Tandis que les contrats *solennels* sont, en outre, soumis à certaines formalités spéciales.

La règle générale est que tous les contrats sont non

solennels ; c'est-à-dire, suivant les expressions de Pothier (n° 15), que les conventions ne sont, dans notre droit, assujetties à aucunes formes ni à aucunes règles arbitraires ; et pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs et qu'elles interviennent entre personnes capables de contracter, elles sont obligatoires et produisent action ; tels les contrats de vente, de louage, de société, et *alii innumerabiles contractus!* c'est ainsi que les contrats peuvent être faits indifféremment par acte authentique ou par acte sous seing-privé, ou même sans aucun acte, verbalement! (Comp. art. 1108, 1582, 1714, etc.)

Ce n'est que par exception, pour certains contrats seulement, que le législateur exige, en outre des conditions du droit commun, d'autres conditions encore, comme, par exemple, un acte, soit sous signature privée, soit authentique, qui sont requises non pas seulement pour la preuve, *ad probationem,* mais encore *ad solennitatem,* pour la formation même du contrat; d'où leur dénomination de contrats *solennels ;* tels que la donation (art. 931), le contrat de mariage (art. 1394), la constitution d'hypothèque (art. 2127).

L'intérêt pratique de cette distinction est considérable.

S'agit-il d'un contrat non solennel? il est formé, il existe par le seul effet du consentement des parties, indépendamment des moyens de preuve; en sorte que l'exécution en doit être ordonnée, même en l'absence de tout acte écrit, s'il est avoué entre les parties ; et que s'il est dénié, le serment peut être déféré, et même la preuve testimoniale admise, avec ou sans commencement de preuve par écrit, suivant la valeur de la chose (art. 1341 et suiv.; 1357) ;

Tandis que, au contraire, aucune preuve ne serait admissible de l'existence d'un contrat *solennel,* qui manquerait de la solennité qui était nécessaire à sa substance ; *frustra probatur quod probatum non relevat;* et l'aveu même

de la partie ne pourrait pas y suppléer! (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 20.)

34. — Deux exceptions, toutefois, doivent être apportées au principe, d'après lequel la manifestation du consentement des parties dans les contrats non solennels n'est soumise à aucune condition particulière :

La première vient de la loi ;

Et la seconde, de la convention des parties elles-mêmes.

C'est ainsi, d'une part, que, dans certains contrats qui pourtant ne sont pas solennels, la loi semble exiger du moins une manifestation de volonté plus expresse, en quelque sorte, et plus spéciale que dans les autres. (Comp. art. 1250, 1°, 1273, 1275, 1907, 2015.)

35. — Et, d'autre part, les parties peuvent convenir que leur contrat sera constaté par un acte sous signature privée ou par un acte devant notaire.

Cette convention est même très-fréquente, depuis longtemps, dans les habitudes de la pratique; et il importe d'en déterminer exactement le caractère et les effets.

Eh bien! donc, en résulte-t-il qu'un contrat, qui est de sa nature *non solennel*, la vente, par exemple, ou le louage, devienne ainsi *solennel;* c'est-à-dire que la formation s'en trouve dès lors subordonnée à la condition de la rédaction de l'acte, soit sous seing-privé, soit notarié?

On sait la célèbre constitution du Code de Justinien (17, *De fide instrumentorum*), qui est reproduite dans les *Institutes* (*De emptione venditione*, *princ.*), et par laquelle cette question est affirmativement résolue.

Après avoir rappelé que la vente est un contrat qui se forme par le seul consentement des parties, l'Empereur statue en ces termes :

« Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus,
« quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet... In iis

« autem, quæ scriptura conficiuntur, *non aliter perfec-*
« *tam esse venditionem et emptionem constituimus*, *nisi et*
« *instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu pro-*
« *pria contrahentium vel alio quidem scripta, a contra-*
« *hente autem subscripta; et si per tabelliones fiant, nisi*
« *et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta.*
« *Donec enim aliquid ex his deest, et pœnitentiæ locus est;*
« *et potest emptor, vel venditor sine pœna recedere ab*
« *emptione et venditione.* »

Cette doctrine avait été admise dans notre ancienne jurisprudence française ; et c'est, en effet, d'après la constitution de Justinien que Pothier la reproduit :

« Quoique le seul consentement des parties, dit-il, suffise pour la perfection des contrats consensuels, néanmoins si les parties, en contractant une vente ou un louage, ou quelque autre espèce de marché, sont convenues d'en passer un acte par-devant notaire, *avec intention que le marché ne serait parfait et conclu que lorsque l'acte aurait reçu sa forme entière par la signature des parties et du notaire*, le contrat ne recevra effectivement sa perfection que lorsque l'acte du notaire aura reçu la sienne; et les parties, quoique d'accord sur les conditions du marché, pourront licitement se dédire avant que l'acte ait été signé; c'est la décision de la fameuse loi 17 au Code *De fide instrumentorum*..... »

Et il ajoute :

« Observez que la convention qu'il sera passé acte devant notaire d'un marché, ne fait pas, par elle-même, dépendre de cet acte la perfection du marché; il faut qu'il paraisse que l'intention des parties, en faisant cette convention, a été de l'en faire dépendre » (n° 11).

Il nous paraît permis toutefois de remarquer que, en ceci, l'excellent auteur ne reproduisait pas tout à fait exactement la doctrine de la loi de Justinien ; on vient d'en voir le texte, d'où il résulte, si nous ne nous trompons, que la convention des parties qu'il sera dressé un

acte écrit de la vente, fait, par elle-même, dépendre la vente de la perfection de cet acte.

36. — Quelle doit être aujourd'hui, sur ce point, la doctrine française?

Deux propositions sont certaines, à savoir :

1° Les parties peuvent contracter verbalement; et dans ce cas, lorsqu'il s'agit, en effet, d'un contrat non solennel, elles sont liées par le seul fait de leur consentement, encore qu'aucun acte écrit n'en ait été dressé;

2° Mais aussi elles peuvent convenir que la formation de leur contrat sera subordonnée à la rédaction d'un acte écrit, comme à une sorte de condition suspensive; cette convention est assurément licite; et dans ce cas, elles ne sont pas liées, en effet, tant que l'acte écrit n'a pas reçu sa perfection.

Cela posé, il ne s'agit plus que de savoir ce que l'on doit présumer, lorsque les parties sont convenues que leur *marché*, comme dit Pothier, sera rédigé par écrit :

La présomption doit-elle être qu'elles n'ont point, par cela seul, subordonné la formation du contrat à la rédaction de l'acte écrit?

Ou, au contraire, la présomption doit-elle être qu'elles ont fait de la rédaction de cet acte, une condition substantielle de la formation du contrat?

Aucun texte de notre Code ne créant, à cet égard, une présomption légale, ni d'un côté, ni de l'autre, la question se réduit finalement à l'interprétation de la volonté vraisemblable des parties; et c'est aux magistrats qu'il appartient de la décider d'après les circonstances (comp. Cass., 19 juin 1839, Demontey, Dev., 1839, I, 462).

C'est-à-dire que l'on ne peut poser, en thèse générale, qu'une présomption simple qui n'a rien de nécessaire.

D'après la doctrine, qui paraît être la plus accréditée, « la clause par laquelle les parties conviennent de consigner leur convention dans un acte sous-seing privé

ou de la faire constater par un acte notarié, n'en fait pas dépendre l'existence de l'accomplissement de ces formalités, à moins qu'il ne résulte clairement des termes mêmes de cette clause ou des circonstances, que telle a été l'intention des parties; et une clause de cette nature doit, en général, être considérée comme ayant uniquement pour objet d'assurer la preuve de la convention à laquelle elle se rapporte. » (Comp. Colmar, 6 avril 1808, Sirey, 1810, II, 549; Cass., 6 septembre 1813, Sirey, 1814, I, 95; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 208; Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, § I, art. 3, n° 7; Toullier, t. VIII, n° 140; Duranton, t. X, n° 87, et t. XVI, n° 39; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 166; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 19.)

Mais cette doctrine serait, à notre avis, trop absolue; et une distinction nous semble devoir être faite :

Les parties sont-elles convenues, purement et simplement, de rédiger leur convention par écrit, sans qu'aucun acte écrit ait encore été fait entre elles?

Nous croyons, contrairement à la doctrine qui précède, que la présomption doit être, en général, qu'elles ont entendu n'être engagées qu'autant et qu'après que l'acte serait rédigé; et c'est alors, suivant nous, à la partie qui soutiendrait que la formation du contrat n'a pas été subordonnée à cette condition, qu'il faudrait imposer le fardeau de la preuve; tel était le cas prévu par la constitution de Justinien (17, Code *De fide instrum.*); et s'il est vrai que, en l'absence de texte, il n'y a pas, chez nous, une présomption de droit en ce sens, du moins nous paraît-il raisonnable d'admettre une présomption de fait; car d'après une pratique très-populaire aujourd'hui, les parties, en effet, n'entendent être liées définitivement qu'après que l'on aura précisé, dans l'acte écrit, les conditions et les clauses diverses de leur convention; la rédaction par écrit d'une convention jusque-là seulement verbale, c'est une épreuve décisive!

et souvent il arrive que ce premier accord, qui s'était formé verbalement, n'avait du contrat que l'apparence! et que les parties qui avaient cru s'entendre, étaient, au contraire, profondément divisées! (comp. Toulouse, 19 août 1806, Dev. et Carr., *collect. nouv.* 2, II, 2, 167; Cass., 12 novembre 1821, Sirey, 1822, I, 148; Agen, 17 janvier 1824, Fonis, D., 1825, II, 34).

Mais, au contraire, si les parties, après avoir rédigé leur convention dans un acte sous signature privée, sont convenues de la faire constater ensuite par un acte devant notaire, nous pensons, conformément cette fois à la doctrine commune, que la présomption doit être qu'elles n'ont pas entendu subordonner la formation de leur contrat à la rédaction de l'acte notarié, et que leur intention a été seulement d'en assurer plus efficacement le mode de preuve et d'exécution; car cette fois, en effet, leur convention était rédigée déjà par écrit; et elles en avaient elles-mêmes précisé les clauses (comp. M. Portalis, *Exposé des motifs*, Locré, *Législ. civ.*, t. XIV, p. 142 et suiv.; Bourges, 20 août 1841, Gaulier, Dev., 1842, II, 68; Bourges, 17 mai 1842, Capitan, Dev., 1843, II, 100; Riom, 9 mai 1844, Babut, Dev., 1844, II, 324; Pothier, n° 11).

Nous trouverons, sur l'article 1325, une question importante, qui se rapproche de celle-ci, sans pourtant se confondre avec elle; et nous entendons, en effet, la réserver. (Comp. Cass., 28 nov. 1864, Rothan, Dev., 1865, I, 5.)

37. — Il est évident, d'ailleurs, que les différents caractères, que nous venons de signaler dans les contrats, ne sont pas tous exclusifs les uns des autres, et qu'ils peuvent, au contraire, pour la plupart, concourir; comme ils concourent, en effet, le plus souvent dans le même contrat.

C'est ainsi que la vente est un contrat principal, synallagmatique, commutatif, et qui peut même être aléatoire.

38. — Il nous reste enfin à présenter une dernière distinction encore, et qui est commune à chacune des espèces de contrats que nous venons d'exposer.

C'est la distinction générale, en effet, d'après laquelle il faut discerner, dans chacun d'eux, trois choses ; à savoir : les unes, qui sont de l'essence du contrat ; les autres, qui sont seulement de sa nature ; et les troisièmes, qui sont accidentelles au contrat (comp. Pothier, n[os] 5-8).

a. — Les choses essentielles à un contrat sont celles sans lesquelles il ne peut pas se former, et dont l'absence fait ou qu'il n'y a pas du tout de contrat, ou qu'il y a une autre espèce de contrat, que celui que les parties ont déclaré vouloir faire.

Trois éléments, par exemple, sont essentiels au contrat de vente : une chose, un prix en argent, et le consentement des parties sur cette chose et sur ce prix. (Art. 1582, 1591, 1592.)

A défaut de chose, pas de vente ! comme si, au moment de la convention, la chose vendue avait péri en totalité. (Art. 1601 ; L. 47, ff. *de contrah. empt.*)

Et pas de vente non plus, à défaut de prix ! comme si le prix n'avait pas été déterminé et n'était pas déterminable ! (Art. 1591-1592.)

Pas de vente, ajoutons-nous, lors même qu'au lieu d'un prix, le prétendu acheteur se serait obligé à livrer au prétendu vendeur une autre chose pour la chose qui lui était livrée ; ce serait là un échange mal qualifié ; mais pas une vente. (Art. 1702.)

b. — Les choses naturelles à un contrat sont celles qui y sont comprises d'elles-mêmes, sans que les parties aient besoin de s'en expliquer, mais qui pourraient en être exclues par une clause particulière, sans que le contrat cessât d'exister ou perdît même son caractère propre ; telle est l'obligation de garantie dans la vente (art. 1626-1627) ; dans le bail, la responsabilité du preneur, en cas d'incendie de la chose louée (art. 1733-1734).

c. — Enfin, sont accidentelles seulement au contrat, toutes les choses qui n'y sont pas comprises d'elles-mêmes, mais qui peuvent y être ajoutées par des conventions particulières; telle est, dans le transport d'une créance, la garantie contractée par le cédant de la solvabilité du débiteur cédé (art. 1694). Le nombre et la variété en sont infinis; c'est le principe même de la liberté des conventions, dont ces clauses accessoires émanent! Il est bien entendu, toutefois, que ces clauses accidentelles ne sauraient modifier les éléments essentiels du contrat, auquel on les ajoute.

Cette distinction résulte de la force même des choses; mais notre Code n'a pas toujours exactement maintenu la terminologie qui la représente. (Comp. notamment l'*intitulé* du chapitre qui précède l'article 1582.)

L'intérêt s'en révèle de lui-même; et il est considérable.

La nullité de la convention résulte de cela seul qu'elle manque de l'un des éléments qui lui sont essentiels; et cette nullité doit être, en effet, prononcée, par cela seul, sans qu'il soit, en général, nécessaire que la loi l'ait décrétée par un texte exprès. (Comp. Cass., 12 juillet 1836, Poulain, Dev., 1836, I, 556; Cass., 11 déc. 1843, Donzel, Dev., 1844, I, 46; Duvergier, *de la Vente*, t. I, p. 19.)

39. — En exposant les diverses espèces de contrats, nous avons indiqué successivement, pour chacune d'elles, le caractère d'utilité pratique, dont elle est susceptible.

Il est encore un caractère d'utilité, qui est commun à toutes; nous voulons parler de l'intérêt, que présente la distinction des différentes espèces de contrats, en matière fiscale pour la perception des droits d'enregistrement. (Comp. Championnière et Rigaud, I, n°s 57 et suiv. et n° 84; Cass., 9 avril 1856, Nolé, Dev., 1856, I, 541.)

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

SOMMAIRE.

40. — Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention. — Quel est ici le sens du mot : *conditions?*
41. — Quel est le sens du mot : *essentielles?*
42. — Observation philosophique sur les conditions énumérées par l'article 1108.
43. — Division.

40. — Aux termes de l'article 1108 :

« Quatre conditions sont essentielles pour la validité « d'une convention :

« Le consentement de la partie qui s'oblige;

« Sa capacité de contracter;

« Un objet certain, qui forme la matière de l'engage- « ment;

« Une cause licite dans l'obligation. »

Le mot *condition,* dans cet article, exprime les éléments nécessaires pour la formation de la convention; il est pris dans son acception étymologique : *id quod condit....* ce qui constitue, ce qui *conditionne* une chose! (Comp. Encyclopédie du droit, v° *Condition,* n° 1, article de M. Gauthier-Lachapelle.)

41. — Ces quatre conditions sont *essentielles!*

Oui, sans doute, en ce sens que leur réunion est indispensable pour que la convention soit exempte de toute cause de nullité.

Mais ce n'est pas à dire qu'elles soient requises toutes les quatre de la même manière, et avec le même caractère de nécessité.

Il faut, au contraire, distinguer entre les unes et les autres; et, par exemple, tandis que le défaut d'objet ou de cause rend le contrat *nul,* les simples vices du consen-

tement ou le défaut de capacité dans la partie qui s'oblige le rendent seulement *annulable* (art. 1117, 1125, 1131).

Il suffit de faire cette réserve sur ce mot : *essentielles,* qui se trouve dans notre texte ; nous en reconnaîtrons l'exactitude, quand le moment sera venu d'exposer la théorie des actions en nullité ou en rescision des conventions (art. 1304 et suiv.),

42. — Parmi les conditions, que l'article 1108 exige, on pourrait encore signaler, au point de vue philosophique, cette différence : que les unes sont, comme on dit, *de droit naturel,* et se retrouvent à peu près les mêmes dans tous les lieux et dans tous les temps ; tandis que les autres ont un caractère, en quelque sorte, moins primitif, et sont l'œuvre plus arbitraire et plus variable *du droit positif.*

Le consentement des parties et un objet, voilà deux conditions sans lesquelles aucun contrat ne saurait jamais se former, et dont la nécessité est, en effet, toujours et partout la même.

Mais les conditions relatives à la capacité des parties, et même aussi à la cause, ne nous apparaissent pas absolument avec ce caractère de nécessité uniforme et permanente.

43. — Nous allons examiner successivement chacune de ces conditions, dans les quatre sections que notre Code y a consacrées.

SECTION I.

DU CONSENTEMENT.

SOMMAIRE.

44. — Division.

44. — Deux points principaux doivent être ici l'objet de notre étude ; à savoir :

A. — Ce que c'est que le consentement dans les con-

ventions; — de quelle manière il doit être donné; — et à quel moment il se forme;

B. — Quels sont les vices du consentement qui peuvent entraîner la nullité de la convention.

A. — *Ce que c'est que le consentement dans les conventions; de quelle manière il doit être donné; — et à quel moment il se forme.*

SOMMAIRE.

45. — I. — Ce que c'est que le consentement. Comment expliquer l'article 1108, qui semble n'exiger que le consentement *de la partie qui s'oblige?*
46. — La plus exacte conformité doit exister entre les deux termes constitutifs du consentement, l'offre et l'acceptation, sous un triple rapport :
47. — *a.* — *Quant aux personnes.* — Exemple.
48. — Suite.
49. — *b.* — *Quant à la chose.* — Exemple.
50. — Suite.
51. — Suite.
52. — *c.* — *Quant à l'espèce de contrat, qu'il s'agit de former, et quant aux clauses ou modalités accessoires.* — Exemple.
53. — Suite.
54. — II. — De quelle manière le consentement doit être donné. — Règle générale.
55. — La manifestation du consentement peut être expresse. — Dans quels cas doit-on la considérer comme telle? — *Quid*, des simples gestes ou signes?
56. — La manifestation du consentement peut être tacite. — Dans quels cas? — Exemples.
57. — Le seul silence de la personne, à laquelle une offre est faite, peut-il être considéré comme une acceptation tacite?
58. — Suite.
59. — Suite.
60. — La manifestation du consentement peut avoir lieu soit entre présents, soit entre absents.
61. — III. — A quel moment le consentement est-il formé?
62. — Suite. — Exposition.
63. — *a.* — L'offre, tant qu'elle n'a pas été acceptée, peut être révoquée par celui qui l'a faite; et elle est anéantie de plein droit, soit par sa mort, soit par son incapacité de fait ou de droit.
64. — Suite. — Du cas où celui qui a fait l'offre, s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque.
65. — Suite.
66. — Suite.

45. — I. — Le consentement est le concours de deux ou de plusieurs volontés dans un même but juridique : *duorum vel plurium in idem placitum consensus;* c'est la définition de la convention (*supra*, n° 12), et qui s'applique aussi au consentement; car le *consentement*, c'est, en effet, la *convention* elle-même! c'est le rendez-vous où se rencontrent *in unum locum... id est, in unam sententiam...* les deux volontés dont le concours forme le contrat... *venire cum... sentire cum* (l. I, § 2, ff. *de Pactis*).

L'article 1108 semblerait n'exiger que le *consentement de la partie qui s'oblige*.

Mais il est manifeste que la convention ne peut se former que par le consentement de toutes les parties qui y figurent, non-seulement de celle qui s'oblige, mais encore de celle envers laquelle l'obligation est contractée; c'est ce que reconnaît virtuellement l'article 1108 lui-même, par l'emploi qu'il fait du mot *consentement*, qui implique la réunion de deux volontés, dont l'une se *noue* avec l'autre.

C'est-à-dire que deux éléments sont essentiels pour la formation d'un consentement; à savoir : l'offre ou la pro-

position d'une part, et l'acceptation d'autre part; tels en sont les deux termes inséparables!

Ce que l'on pourrait dire, pour expliquer la formule de l'article 1108, c'est que le rédacteur suppose l'offre faite d'abord par celui que le contrat doit rendre créancier, et que c'est dans cette supposition qu'il se borne à exiger ensuite l'*adhésion*, l'*acquiescement* de celui que le contrat doit rendre débiteur.

Et encore, cette explication n'est-elle pas tout à fait satisfaisante; car l'offre peut venir soit d'un côté, soit de l'autre; et il arrive même souvent que l'initiative du contrat est prise par la partie qui sera obligée.

Quoi qu'il en soit, tenons pour certain qu'aucune convention, quelle qu'elle soit, bilatérale ou unilatérale, à titre onéreux ou même de bienfaisance, ne saurait se former sans le consentement, c'est-à-dire sans la volonté de toutes les parties qui y figurent (comp. Besançon, 17 juill. 1844, Damalix, Dev., 1846, II, 171; Cass., 3 août 1847, mêmes parties, Dev., 1847, I, 725; Pothier, n° 4; Toullier, t. III, n° 24; Larombière, t. I, art. 1101, n° 9).

46. — De ce qui précède, il résulte qu'il faut aussi que les deux termes du consentement : la proposition et l'acceptation, se correspondent de tous points, et que la plus exacte conformité doit les unir, en effet, *in idem placitum* :

a. — Soit quant aux personnes;

b. — Soit quant à la chose;

c. — Soit quant à la nature et aux modalités de la convention qu'il s'agit de former.

47. — *a.* — Et d'abord, la conformité doit exister entre l'offre et l'acceptation, quant aux personnes; c'est-à-dire qu'il faut que l'offre soit acceptée par tous ceux à qui elle est faite, et à l'encontre de tous ceux qui la font.

Une offre s'adresse à trois personnes; et il n'y en a que deux qui l'acceptent.

Que le contrat ne puisse pas se former à l'égard de celle des trois qui ne l'accepte pas, cela est d'évidence !

48. — Mais c'est même une question si le contrat peut se former à l'égard des deux qui ont accepté l'offre.

Question de fait d'ailleurs, dont la solution dépend des termes de l'offre, de la nature du contrat, de son objet, de la fin que les parties se proposaient, et des autres circonstances particulières de chaque espèce.

Résulte-t-il de ces divers éléments d'interprétation que celui ou ceux qui ont fait l'offre, et celui ou ceux qui l'ont acceptée, ont entendu admettre des acceptations séparées et individuelles? le contrat sera formé entre eux par ces acceptations.

Mais, au contraire, le contrat ne sera formé que par l'acceptation de tous ceux auxquels l'offre s'est adressée, s'il apparaît que les parties ont entendu subordonner l'acceptation des uns à l'acceptation des autres.

C'est cette dernière interprétation qui doit, suivant nous, généralement prévaloir, surtout s'il s'agit d'un objet indivisible, ou même seulement indivis, ou encore si l'offre est faite sous la condition de la solidarité de la part de ceux auxquels elle s'adresse, ou sous quelque autre condition semblable (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 10; Cass., 4 juill. 1810, Sirey, 1810, I, 376; Cass., 15 avril 1834, Gadot, *D. cité infra;* Toullier, t. III, n° 24, note 1 ; Gautier-Lachapelle, Encyclop. du droit, v° *Contrat,* n° 111 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, § 613; D., Rec. alph. v° *Obligations*, n° 91 ; Larombière, t. I, art. 1101, n° 10).

49. — *b.* — Est-il besoin de dire que l'offre et l'acceptation doivent offrir la même conformité, quant à la chose qui en fait l'objet.

« ... *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, nulla contrahitur obligatio...* » (Inst., § 23, *De inutil. stipul.*)

Je vous offre de vous vendre ma maison de Paris ; et,

par suite d'un *quiproquo*, vous acceptez la vente de ma maison de Versailles!

Nous ne nous sommes pas rencontrés *in ipso corpore rei;* et nos volontés n'ont pas pu se joindre!

50. — Mais voici que je vous offre, en même temps, de vous vendre plusieurs choses.

Et vous n'acceptez la vente que de l'une ou de quelques-unes seulement de ces choses?

Le contrat est-il formé à l'égard de celles dont vous avez accepté l'offre?

C'est une question semblable à celle que nous venons de résoudre sur le cas où l'offre n'a pas été acceptée par tous ceux à qui elle avait été faite. (*Supra,* n° 48.)

Et ce que nous avons dit de la *division* des personnes, il le faut dire de la *division* des choses.

En fait, reconnaît-on que l'offre, bien que comprenant ensemble plusieurs choses, s'applique néanmoins séparément et individuellement à chacune d'elles? nous dirons avec Ulpien : *tot esse stipulationes quot res.* (L. 29, ff. *de verb. obligat.*) ; et l'acceptation de l'offre, quant à l'une ou quelques-unes d'entre elles, pourra former le contrat, en ce qui les concerne, quoique les autres n'y soient pas comprises.

Mais, au contraire, le contrat ne pourra pas se former pour les unes, s'il ne se forme pas pour les autres, dans le cas où on reconnaîtrait que l'offre les a réunies, d'une manière inséparable, pour n'en faire qu'un seul et même objet du contrat.

Les termes de l'offre sont particulièrement ici à considérer, suivant qu'ils emploient soit la conjonctive *et,* soit la disjonctive *ou* (Inst. § 18, *de inut. stipulat.* ; L. 83, § 2 et 4, ff. *de verb. obligat.*; Toullier, t. III, n° 29; Gauthier-Lachapelle, *loc. supra*, n° 116 ; Rolland de Villargues, v° contrat, n° 87; Larombière, t. I, art. 1101, n° 10.)

51. — Jules offre à Pierre de lui prêter 20 000 fr.: et Pierre accepte pour 10 000 fr.

Ou, en sens inverse, Pierre offre à Jules de lui emprunter 20 000 fr.; et Jules accepte pour 10 000 fr.

Le contrat a-t-il pu se former, dans l'un et dans l'autre cas, jusqu'à concurrence de 10 000 fr.?

Ulpien et Paul répondaient affirmativement. (L. 1, § 4; et l. 83 § 3, ff. *de verb. obligat.*)

Mais pourtant il n'y a pas là concordance entre l'offre et l'acceptation; or, aucun contrat ne peut se former sans cette condition!

C'est bien ce qu'Ulpien reconnaît lui-même : « *oportet congruere summam...* »

Mais il ajoute que la concordance existe; et son motif est que le moins est renfermé dans le plus : *manifestissimum est viginti decem inesse!*

Gaius, toutefois, enseignait la doctrine contraire, que Justinien a consacrée dans ses *Institutes* (§ 5 *de Inutil. stipul.*)

Et très-justement!

Que le moins soit dans le plus, cela est matériellement incontestable.

Mais la question n'est pas là!

Ce qu'il s'agit de savoir, c'est si la partie, qui offre de prêter 20, consentirait à prêter 10; ou réciproquement si la partie, qui demande à emprunter 20, consentirait à emprunter 10.

Or, rien ne le prouve! et il est même, le plus souvent, à présumer qu'elle s'y refuserait, afin, dans le premier cas, de ne pas diviser le placement de ses 20 000, et d'avoir un seul débiteur; et dans le second cas, afin d'obtenir toute la somme qui lui est nécessaire, et de n'avoir qu'un seul créancier;

Donc, la conformité manque alors entre l'offre et la demande.

Il n'en serait autrement qu'autant qu'il résulterait des termes de l'offre et de la nature du contrat, que cette différence *en moins* ou *en plus*, n'a pas empêché leur concordance dans une mesure commune.

J'offre de vous louer ma maison pour 800 fr.; vous acceptez de la louer pour 900 fr., croyant que tel est le chiffre de mon offre.

Le contrat de bail est formé pour 800 fr.; car il y a, certainement, accord de nos volontés sur ce chiffre. (L. 52, ff. *locati.*; comp. Toullier, t, III, n° 2; Gauthier Lachapelle, *loc. supra*, n° 115; Larombière, *loc. supra*, n° 11.)

52. — *c.* — La conformité exacte de l'offre et de l'acceptation n'est pas moins nécessaire, soit quant à la nature du contrat, qu'il s'agit de former, soit quant au prix ou aux clauses accessoires, dont l'offre est accompagnée.

Si j'offre de vous vendre ma maison, et que vous me répondiez que vous voulez bien la louer.

Il n'y a ni vente, ni louage! (Comp. Amiens, 11 mai 1854, Aubanel., Dev., 1855, II, 186).

53. — De même, si à une offre faite par l'un purement et simplement, sans terme ni condition, l'autre répondait par une acceptation conditionnelle ou à terme, les deux volontés ne se seraient pas non plus rencontrées *in idem placitum;* et le *consentement* n'aurait pas pu se former; car, il ne peut se former, qu'autant qu'un *parfait accord*, dit très-bien Merlin, existe entre l'offre et l'acceptation. (*Répert.*, v° *Vente*, § 1, art. 3, § XI *bis*.)

54. — II. — En règle générale, la manifestation du consentement n'est soumise, par notre Code, à aucune forme spéciale.

Il n'y a d'exception que pour les contrats *solennels*, dans lesquels la solennité de la forme, par laquelle la volonté des parties doit être manifestée, peut être considérée comme une cinquième condition à ajouter aux quatre conditions, qui sont exigées par l'article 1108 pour les conventions ordinaires (*supra*, n° 33).

Mais, à part cette exception, l'offre et l'acceptation qui constituent la convention, peuvent être exprimées de toutes les manières qui sont susceptibles de manifester clairement la volonté des parties.

Cette manifestation peut donc être expresse ou tacite.

55. — Nous considérons comme expresse la manifestation du consentement, lorsqu'il est donné par écrit, par paroles ou même seulement par signes.

Le simple geste d'adhésion, *nutus*, a été, de tout temps, en effet, reconnu comme une expression suffisante de la volonté; et les jurisconsultes romains ne faisaient aucune difficulté de l'admettre.

« ..... *Sed et nutu solo pleraque consistunt*, » disait Modestin (L. 52, § 10, ff. *de obligat et act.*; ajout. l. 65, § 3, *ad Senatusc. Trebell.*)

Un mouvement affirmatif de la tête peut donc suffire!

A plus forte raison, en est-il de même de ce signe traditionnel et populaire, par lequel les parties joignent réciproquement leurs mains..... *per mutuam manuum complexionem*, et qui est, chez toutes les nations, considéré comme le gage de la fidélité promise! (comp. Blackstone, t. II, p. 448.)

C'est ainsi encore que le sourd-muet peut exprimer, par signes, soit son offre, soit son acceptation, à l'effet de contracter (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n°s 24 et 25; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n°s 25 et 168; Toullier, t. III, n°s 32 et 35; Rolland de Villargues, v° *Consentement*, n°s 13 et 14; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 208; Gauthier la Chapelle, *loc. supra*, n° 100; Larombière, t. I, art. 1101, n° 11.)

56. — La manifestation du consentement peut aussi résulter tacitement de simples faits qui le supposent ou qui l'indiquent.

Je vous propose un mandat;

Et sans m'adresser aucune réponse, ni par écrit, ni par paroles, ni par signes, vous l'exécutez!

Aux termes de l'article 1985, « l'acceptation du « mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécu- « tion qui lui a été donnée par le mandataire. »

Rien de plus raisonnable !

Aussi, la décision que cet article applique au contrat de mandat, est-elle applicable, en général, à tous les contrats sans distinction.

Je vous offre la vente d'un troupeau de moutons à tel prix ; et, pour toute réponse, vous les marquez ou vous les emmenez dans votre écurie !

Qui pourrait douter de votre consentement !

57. — Le seul silence de la personne à laquelle une offre est faite, peut-il être considéré comme un consentement tacite?

En règle générale, nous ne le croyons pas !

On objecte la maxime de Paul : « *Qui tacet, non utique fatetur ; sed tamen verum est eum non negare.* » (L 142, ff. *de Regul. juris.*) et M. Larombière ajoute que : *Si se taire n'est pas dire oui, ce n'est pas non plus dire non!* (*loc. supra cit.*; comp. Toullier, t. III, n° 33 ; Gauthier la Chapelle, *loc. supra*, n° 101.)

Mais il ne suffit pas, pour la manifestation du consentement dans les contrats, de ne pas dire *non ;* il faut dire *oui!* on peut dire oui expressément ou tacitement, sans doute; mais toujours est-il qu'il faut le dire ! et le seul fait du silence et de l'inaction ne saurait être, à notre avis, considéré comme une preuve d'adhésion (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III. p. 208).

Au reste, c'est ce que les jurisconsultes, que nous venons de citer, paraissent eux-mêmes reconnaître; car, à l'appui de leur thèse que le silence peut être une preuve de consentement tacite, ils ne citent que des exemples qui renferment, en outre, des faits extérieurs et affirmatifs d'adhésion (*supra*, n° 56).

58. — Cette règle, toutefois, que le seul silence de la personne à laquelle une offre est faite, ne doit pas être considéré, de sa part, comme une acceptation tacite, peut admettre, suivant nous, deux exceptions, à savoir :

1° Lorsque cette personne, mise en demeure de se pro-

noncer dans un certain délai, laisse expirer ce délai sans répondre;

2° Lorsque l'offre est exclusivement dans son intérêt et qu'il ne saurait exister, de sa part, aucun motif de refus.

Nous allons dire comment ces deux exceptions devraient être, suivant nous, appliquées :

1° Supposons d'abord ceci :

Paul, de Marseille, écrit à Pierre, de Paris, une lettre par laquelle il lui offre de lui expédier tant de mesures de blé à tel prix; et il ajoute :

« Si, dans le délai de huit jours, à compter de la réception de la présente lettre, vous ne m'avez pas répondu, je tiendrai votre silence comme une acceptation ; et je vous expédierai la marchandise. »

Huit jours s'écoulent depuis la réception de la lettre, sans que Pierre ait répondu.

Le contrat est-il formé?

Et si Paul expédie le blé de Marseille, ce blé est-il au compte de Pierre? et Pierre est-il tenu de le recevoir?

Notre avis n'est pas qu'il soit possible de répondre, d'une manière absolue, sur une telle espèce.

Si, en effet, aucune relation d'affaires antérieures n'existait entre Paul et Pierre, il paraîtrait difficile de décider que l'un ait pu mettre ainsi l'autre en demeure, et que celui-ci, par cela seul qu'il n'aurait pas répondu, par oubli, par négligence ou autrement, se trouvât, malgré lui, engagé dans un contrat !

Mais nous croyons qu'il pourrait en être autrement, si les relations antérieures des parties avaient autorisé ce mode de proposition, surtout si un mode semblable avait déjà été employé entre elles.

Et ce serait là un premier cas d'exception, dans lequel le simple silence suffirait à manifester le consentement.

59. — 2°. Le second cas d'exception est, avons-nous dit, celui où il s'agirait d'une offre telle que la personne

à laquelle elle serait faite, ne pourrait avoir aucun motif de la refuser !

Ne serait-il pas, en cas pareil, raisonnable d'induire son acceptation de ce seul fait, que l'offre serait parvenue à sa connaissance, lorsque cette offre, exclusivement faite dans son intérêt, ne demandait, d'ailleurs, aucune réponse?

Nous le croirions ainsi, et que l'on pourrait décider que le silence gardé par elle, après la connaissance d'une telle offre, en implique virtuellement l'acceptation.

Et ce serait là peut-être encore une explication de l'article 1108, qui semble n'exiger que le consentement *de la partie qui s'oblige;* d'où l'on pourrait induire que le législateur admet que celle des parties, envers laquelle l'autre s'oblige, doit être présumée accepter, et que son silence, en connaissance de cause, suffit. (*Supra*, n° 45.)

Par exemple, la remise de la dette par le créancier à son débiteur, n'est parfaite qu'autant qu'elle a été acceptée par celui-ci, sans distinction entre la remise expresse et la remise tacite.

Cette remise, en effet, constitue, dans l'un et dans l'autre cas, une convention : « *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem.* » (L. 2, ff. *de Pactis;* art. 1282-1283).

Mais, vraiment, qui pourrait douter de l'acceptation du débiteur, auquel le créancier a renvoyé son billet dans une lettre, une fois que ce débiteur a reçu la lettre renfermant ce billet? Qui pourrait en douter, si, en effet, cette remise est pure et simple, et ne soulève, pour lui, à aucun point de vue, ni de l'intérêt pécuniaire, ni de la morale ou des convenances, aucune objection?

Aussi, induirions-nous son acceptation de son silence et de ce qu'il aurait reçu et gardé cette lettre, quoique sans aucune autre manifestation de sa volonté d'accepter (Comp. *infra*, n° 64).

De sorte que la remise serait, dès ce moment, accom

plie, lors même que le créancier ou le débiteur viendraient ensuite à mourir ou seraient frappés d'incapacité. (Comp. *infra*, n° 61.)

60. — La manifestation de la volonté des parties peut avoir lieu, d'ailleurs : soit entre présents, par paroles, par écrit, ou par signes; soit entre absents, par lettres missives ou par un intermédiaire ou un entremetteur... *per litteras vel per nuntium.*

Elle peut, disons-nous, avoir lieu par lettres missives; sans distinction entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux; telle est du moins notre doctrine; et nous entreprendrons plus tard d'établir qu'elle n'est pas, comme on l'a prétendu, en opposition avec l'article 1325. (Comp. Merlin, *Répert.*, *additions*, v° *Double écrit*, n° 11; Duranton, t. XVI, n° 44; Pau, 16 juillet 1852, Carrère, Dev., 1852, II, 417; Paris, 6 mars 1865, Biche, Dev., 1866, II, 155).

61. — III. — A quel moment le consentement est-il formé?

C'est le dernier point à résoudre, et non pas le moins essentiel!

Le moment exact et précis, où le consentement se forme, est, en effet, très-important à préciser.

Immédiatement *avant*, le contrat n'existe pas encore; et les parties sont, de part et d'autre, toujours libres;

Tandis que, immédiatement *après*, le contrat existe; et le lien de droit qui en résulte, ne permet, plus ni à l'une ni à l'autre, de se dégager par sa seule volonté.

« *Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non « habendi contractus; ita renunciare semel constitutæ obli- « gationi, adversario non consentiente, nemo potest.* » (L. V, Cod. *de obligat.* et *act.*)

Ajoutons que l'incapacité de fait ou de droit, qui surviendrait à l'une ou l'autre des parties, *avant* que le consentement fût formé, serait un obstacle à sa formation; tandis qu'*après* que le consentement est formé, l'incapa-

cité de l'une ou de l'autre ne saurait avoir d'influence sur le sort du contrat désormais parfait.

62. — Eh bien ! donc, quel est le moment où l'on peut dire que le consentement est formé et que la convention a pris naissance ?

Philosophiquement, en thèse générale, la réponse paraît simple.

Le consentement, c'est le concours de deux volontés qui s'accordent dans un même but.

Et, par conséquent, le moment où le consentement se forme, est celui où les deux volontés, en effet, concourent; c'est le moment, où la simultanéité d'existence de l'offre et de l'acceptation produit, entre elles, la rencontre et, en quelque sorte, la jonction d'où résulte le *nœud,* qui forme le contrat (*supra*, n° 45).

Mais il importe de ne pas demeurer dans ces généralités abstraites; et afin de préciser la solution de cette thèse capitale, nous examinerons successivement ces deux points :

a. — D'abord, si l'offre, une fois faite, peut être révoquée par la volonté de l'offrant, ou si elle est anéantie, de plein droit, par sa mort ou par son incapacité survenue depuis ; et pendant combien de temps cette révocation ou cette extinction est possible;

b. — Ensuite, si l'acceptation, une fois faite, peut être elle-même révoquée ou anéantie; et pendant combien de temps.

Cette thèse est, disons-nous, d'une grande importance.

Ce n'est pas qu'elle présente beaucoup d'utilité, lorsqu'il s'agit d'une convention entre présents.

Mais, lorsque la convention doit se former entre absents, par un entremetteur, par lettres missives, ou par télégramme, elle peut soulever des questions d'un intérêt considérable, surtout en ce temps où la merveilleuse rapidité des communications tient du prodige ! et c'est,

en effet, pour ce dernier cas surtout qu'il est nécessaire de l'examiner.

63. — *a.* — D'abord, la règle est que l'offre, tant qu'elle n'a pas été acceptée, peut être révoquée par celui qui l'a faite ; et qu'elle est anéantie, de plein droit, soit par sa mort, soit par son incapacité de fait ou de droit.

L'offre n'est, en cet état, qu'une simple *pollicitation, solius offerentis promissum* (L. III, princ. ff. *de Pollicit.*), qui appartient toujours à celui de qui elle émane ; lequel peut, en conséquence, toujours la retirer.

« De même, dit Pothier, que je ne puis pas, par ma seule volonté, transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pas pour l'acquérir, de même je ne puis pas, par ma promesse, accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse. » (n° 4.)

On ne contracte pas, en effet, tout seul !

Cette règle est de toute évidence, lorsque l'offre est encore au pouvoir de celui qui l'a faite, et qu'il peut l'empêcher d'arriver à celui auquel il voulait l'adresser ; soit, par exemple, en brûlant la lettre, qui la renfermait, soit en rappelant le commissionnaire qu'il avait chargé de la porter.

Mais on doit aussi la tenir pour certaine, lors même que l'offre étant une fois partie, celui qui l'a faite ne peut plus empêcher qu'elle parvienne à sa destination. — Il a mis à la poste la lettre qui contient son offre ! — Eh bien ! il n'en peut pas moins la révoquer, en adressant, soit une seconde lettre, soit une dépêche télégraphique au destinataire ; comme, pareillement, son offre sera, de plein droit, anéantie, avec sa volonté ou avec sa capacité, s'il meurt ou s'il devient incapable, avant que sa première lettre soit arrivée à son adresse.

Et si, en effet, au moment, où il adressait cette dépêche qui retirait son offre, ou si, au moment où la mort l'a

frappé, l'acceptation n'avait pas encore eu lieu, le concours des volontés étant désormais impossible, le *consentement* ne pourrait pas se former.

Il est même une doctrine d'après laquelle il ne suffit pas que l'acceptation ait eu lieu, pour que l'offre ne puisse plus être retirée, et qui exige que cette acceptation ait été connue de celui qui a fait l'offre; cette doctrine est, suivant nous, contestable; et nous allons l'examiner (*infra*, n° 71);

Mais ce qui est certain, c'est que si l'offre avait été retirée, ou si l'offrant était mort ou devenu incapable au moment où l'acceptation a eu lieu, le consentement n'aurait pas pu se former (arg. de l'article 932; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments,* t. III, n[os] 127-130; Pothier, *de la Vente,* n° 32; Duranton, t. XVI, n° 45; Duvergier, *de la Vente,* t. I, n° 67; Troplong, *de la Vente,* t. I, n° 27; Pardessus, *Cours de droit commercial,* t. I, n° 250; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 206; Gauthier-Lachapelle, *loc. supra cit.,* n° 113; Larombière, t. I, art. 1101, n° 11).

64. — La règle, que nous venons de poser, comporte, toutefois, une exception notable.

Nous voulons parler du cas où celui qui a fait l'offre, s'est engagé, expressément ou tacitement, à ne pas la retirer avant une certaine époque.

Pourrait-il encore, dans ce cas, la retirer, tant qu'elle n'a pas été acceptée?

Il faut distinguer :

Suppose-t-on que l'offre ainsi faite n'est pas encore parvenue à la connaissance de celui à qui elle a été adressée?

Nous n'hésitons pas à dire qu'elle peut être retirée dans ce cas comme dans tous les autres; car elle n'a pas encore *touché,* s'il est permis de dire ainsi, le destinataire, qui y est absolument étranger.

Un commerçant de Paris écrit à un commerçant de

Marseille pour lui proposer de lui acheter cent balles de riz venant de Calcutta, moyennant 200 francs la balle; et sa lettre porte :

« *Je vous accorde huit jours, à compter de la réception de la présente lettre, pour prendre parti et accepter ma proposition.* »

Et puis, presque immédiatement après sa lettre, il lui envoie une dépêche télégraphique qui arrive la première et qui retire son offre.

L'offre est bien retirée! et l'acceptation du commerçant, de Marseille, est impossible.

Il en serait de même, si le commerçant, de Paris, avait écrit une seconde lettre immédiatement après la première, et que le même courrier les eût apportées au commerçant, de Marseille, toutes les deux ensemble! (Comp. Bordeaux, 13 juin 1853, Migne, Dev., 1853, II, 555; Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, § 1, art. 3, n° 11 *bis; voy.*, toutefois, Larombière, t. I, art. 1101, n° 21.)

65. — Mais si, au contraire, on suppose que le commerçant, de Marseille, a reçu la lettre par laquelle le commerçant, de Paris, a fait l'offre, en s'engageant à attendre l'acceptation pendant un délai de huit jours, celui-ci ne pourra pas retirer son offre avant l'expiration de ce délai. Dès le moment, en effet, où le commerçant, de Marseille, a reçu cette lettre, par laquelle un délai de huit jours lui était accordé, il doit être présumé avoir accepté cette partie de la proposition, qui est tout entière à son avantage, et qu'il n'a aucun intérêt à refuser (*supra*, n° 59); d'autant plus que, par cela même qu'il ne répond pas, il est vrai de dire qu'il use du délai que l'offrant lui a concédé pour réfléchir avant d'accepter.

D'où il suit que si, en effet, il accepte avant l'expiration du délai de huit jours, la convention sera formée; lors même qu'au moment ou il acceptait, l'offre aurait été retirée par celui qui l'avait faite!

Telle est la doctrine qui nous paraît la plus juridique.

Mais il faut que nous ajoutions que cette doctrine a des adversaires; elle est combattue surtout par M. Larombière.

Après avoir exposé qu'il n'est pas vrai que les offres puissent toujours être impunément rétractées avant l'acceptation, le savant magistrat continue ainsi :

« Par exemple, si, vous offrant la vente de ma maison, je vous accorde huit jours pour réfléchir ou consulter votre famille, je ne reprends le droit de rétracter mes offres, à défaut d'acceptation, qu'après l'expiration des délais accordés. Je ne puis, du moins, les rétracter en ce sens que si, sur la foi de ma proposition, vous avez fait quelques démarches, quelques dépenses, ma rétractation, en faisant manquer le contrat, m'oblige, envers vous, à la réparation du préjudice causé. *Mais je puis les rétracter en ce sens que votre acceptation ultérieure ne peut faire considérer ma rétractation comme nulle, et m'imposer de force un contrat contre lequel j'ai protesté avant sa formation.* » (T. I, art. 1101, n° 14).

Eh bien! voilà ce que nous n'admettons pas.

Une convention a été formée certainement entre nous. Laquelle?

C'est que vous ne pourriez pas retirer, avant l'expiration du délai de huit jours, l'offre que vous m'avez faite; c'est-à-dire que j'aurais le droit, tant que ce délai ne serait pas expiré, de former le contrat par mon acceptation;

Or, la convention fait la loi commune des parties (art. 1134);

Donc, vous n'avez pu, par votre seule volonté, détruire cette convention, et m'enlever le droit, qu'elle me conférait, de donner, dans les huit jours, une acceptation, qui formerait, entre vous et moi, le contrat!

Ce n'est pas que nous prétendions que le contrat lui-même a été formé dès le jour où la lettre a été reçue; non sans doute; et nous reconnaissons que la mort ou

l'incapacité de celui qui a fait l'offre, empêcherait le contrat de se former, si elles survenaient même dans le délai de huit jours avant l'acceptation de celui à qui l'offre a été faite; c'est-à-dire que la formation du contrat, s'il se formait en effet, par l'acceptation, ne remonterait ni au moment de l'offre ni au moment de la réception de cette offre par celui auquel elle a été adressée, et qu'elle daterait seulement du moment de son acceptation.

Mais si la convention elle-même, dont l'offre a été faite, n'a pas été formée dès le moment de la réception de la lettre, il y a une convention pourtant qui a été formée dès ce moment; c'est celle par laquelle vous m'avez accordé le droit de faire utilement mon acceptation dans les huit jours!

Et il ne faut pas dire que *je vous impose de force le contrat,* quand je ne fais que réclamer l'exécution de la convention, très-licite apparemment, qui est intervenue entre nous!

66. — Ajoutez que, dans les usages du commerce, il est universellement admis que celui qui fait une offre par lettre, est réputé prendre l'engagement tacite de ne pas la retirer avant l'expiration du délai nécessaire pour que celui à qui il l'a adressée, puisse y répondre et l'accepter.

D'où nous concluons que, si l'acceptation a eu lieu dans la limite de ce délai, l'offrant n'a pas pu retirer son offre, et que la convention n'en sera pas moins formée, malgré sa rétractation (comp. Duvergier, sur Toullier, t. III, n° 30. note *a*).

67. — L'offre, disons-nous, peut être retirée, tant qu'elle n'a pas été acceptée; et elle est anéantie par la mort ou l'incapacité de celui qui l'a faite.

Mais aussi, réciproquement, elle peut être acceptée, tant qu'elle n'a pas été retirée ou anéantie.

Cette seconde règle est la conséquence de la première: et elle n'est pas moins logique.

N'est-il pas, en effet, logique de décider que l'offre, une fois faite, doit être présumée persévérer, tant qu'il ne survient aucun changement de volonté, ni aucun événement de nature à l'anéantir!

Assurément!

Aussi, cette doctrine a-t-elle toujours été admise.

Benevutti Straccha, dans son traité *de Adjecto*, dernière partie, n° 8, la résumait en ces termes :

« *Licet remittens epistolam consentiat tempore, quo mittit, verum est etiam consentire tempore quo litteræ traduntur, quia durat primus consensus; et ex quo non reperitur mutata voluntas, præsumitur durare.* »

Balde s'exprime de même sur la loi I au Digeste, *Mandati.*

Mais pendant combien de temps l'offre est-elle présumée durer?

Quelques législations étrangères ont déterminé des déais pour l'acceptation des offres, soit verbales, soit écrites, entre présents ou entre absents (Code autrichien, chap. XVII, art. 862; Code de la Louisiane, art. 1791 et suiv.).

Il n'y a rien de pareil sous notre Code; et on ne saurait, dans son silence, soumettre l'acceptation à aucun délai; il faut donc dire, en règle générale, qu'elle pourra être faite, tant que l'offre n'aura été ni révoquée ni anéantie, sauf à examiner s'il n'y a pas eu révocation (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 127; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 378 et suiv.; Gauthier-Lachapelle, *loc. supra*, n° 112).

68. — *b.* — Quant à l'acceptation, il résulte de ce que nous venons de dire qu'il n'est pas nécessaire qu'elle intervienne immédiatement après l'offre; elle peut la suivre, au contraire, à un intervalle de temps plus ou moins considérable, tant que la volonté qui l'a faite, continue de subsister, et n'a été ni révoquée ni anéantie (*infra*, n° 70).

Il faut, sans doute, que les deux volontés concourent à un certain moment; mais ni le texte ni les principes n'exigent la simultanéité de leur manifestation.

69. — Supposons que celui auquel l'offre a été adressée, soit mort avant de l'avoir acceptée, ou qu'il se trouve frappé d'une incapacité de droit ou de fait, qui l'empêche d'exprimer une acceptation.

Ses héritiers ou successeurs universels pourront-ils l'accepter en son lieu et place?

On a répondu affirmativement, et que *les héritiers de celui à qui les offres ont été faites, et qui, surpris par la mort, n'a pas eu le temps de les accepter, pourraient les accepter eux-mêmes, à la différence d'une donation, qui est faite* INTUITU PERSONÆ (arg. *a contrario* de l'article 932; Duranton, t. XVI, nº 45; comp. Caen, 27 avril 1812, Sirey, 1812, II, 294; Dijon, 10 janvier 1845, Goudchoux, Dev., 1846, I, 875, arrêt cassé *infra*).

Cette doctrine, toutefois, n'a pas prévalu; on considère généralement, au contraire, que l'offre est personnelle, et ne peut être acceptée que par celui à qui elle a été faite; et c'est très-justement, à notre avis.

Sans doute, d'après l'article 724, les héritiers sont saisis des *droits et actions* du défunt; de même que, d'après l'article 1122, on est *censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayant cause;* et de là il résulte que les effets actifs ou passifs de la convention, une fois formée, sont transmissibles aux héritiers des parties.

Oui! de la convention une fois formée.

Mais la convention n'est pas formée, tant que les volontés des deux parties n'ont pas concouru;

Or, la *volonté* d'une personne, c'est la personne elle-même; et cette volonté meurt avec elle!

Qui voudrait soutenir que l'offre, non encore acceptée, survit à celui qui l'a faite, et que celui à qui elle a été adressée, pourrait, en l'acceptant après sa mort, prétendre que le contrat est formé avec ses héritiers?

Une telle prétention serait impossible; et il est d'évidence que les héritiers de l'offrant n'ont pas besoin de révoquer une offre, qui s'est éteinte avec leur auteur!

Eh bien! il en est de même de la volonté, qui fait l'acceptation; elle est aussi essentiellement personnelle à celui à qui l'offre avait été adressée; et elle ne peut émaner que de lui! (Comp. Cass., 20 juillet 1846, Goudchoux, Dev. 1846, I, 875; Toullier, t. III, n° 31; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 206 et 207; Championnière et Rigaud, t. I, n° 187; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 69; Larombière, t. I, art. 1101, n° 20; Gauthier-Lachapelle, *Encyclop. de droit*, v° *Contrat*, n° 113.)

70. — C'est la personne elle-même à laquelle l'offre a été faite, qui l'a acceptée.

Mais au moment où elle l'acceptait, l'offrant l'avait révoquée; ou il était tombé en démence ou en faillite; ou il avait été interdit.

Cette acceptation a-t-elle pu former le contrat?

Certainement non!

Le contrat, c'est le concours des deux volontés; c'est le *consentement;* or, les deux volontés n'ont pas concouru; donc, pas de consentement, ni de contrat!

Cette déduction, qui serait d'évidence pour le cas où celui qui a accepté l'offre, connaissait la révocation ou l'événement qui avait rendu son acceptation impossible, n'est pas, d'ailleurs, moins incontestable pour le cas où il l'ignorait; car, dans l'un comme dans l'autre, le concours des volontés était désormais impossible!

C'est, en effet, aussi ce qu'enseignent les Docteurs, que nous avons déjà cités :

« ..... *Si epistola a te missa mihi inscripta est, te* « *mortuo cum mihi traditur, a me acceptari non potest....* » (Straccha, Balde, *loc. supra.*)

Surdus ne s'exprime pas moins formellement :

« *Epistola non potest obligare scribentem, si is decedat* « *antequam ad eum pervenerit cum quo erat contrahendum;*

« *quia, cum per mortem deficiat scribentis consensus, non* « *potest dici quod ejus scriptum loquatur : per epistolam* « *enim præsens videtur absenti loqui; sed mortuus non* « *loquitur; et ideo cessat præsumptio seu conjectura....* » (Libr. I, cons. 136.)

Ainsi Paul écrit à Pierre une lettre, par laquelle il lui donne mandat de faire, en son nom, tel achat, ou de lui expédier telles marchandises pour tel prix.

Pendant que la lettre est en route, Paul meurt; et c'est après sa mort qu'elle est reçue par Pierre.

C'est en vain que Pierre accepterait le mandat, soit expressément, soit tacitement en l'exécutant; il n'y a point de mandat possible entre le *mort* et le *vivant!*

Objectera-t-on que pourtant la lettre, une fois remise à la poste, appartient à celui auquel elle est adressée; comme elle lui appartiendrait, si elle avait été remise à son commissionnaire, puisque la poste en remplit, pour chacun de nous, l'office?

Nous admettons cette règle qui a été, en effet, aussi de tout temps reconnue.

Ulpien se posait cette question :

« *Quærendum est cujus sit epistola : utrum ejus qui* « *misit, aut ejus ad quem missa est?* »

Et il répondait :

« *Et si quidem dedi servo ejus, statim ipsi quæsita est,* « *cui misi; si vero procurari, æque...* » (L. 14, § 17, *de Furtis;* ajout. Labéon, l. 65, princ., ff. *de adquir. rer. dom.*)

Nous admettons, disons-nous, cette règle.

Mais il nous paraît certain qu'elle ne saurait fournir aucune objection contre notre doctrine.

Qu'importe, en effet, que la lettre, ou, comme dit Merlin, que le *matériel de la lettre* appartienne à celui à qui elle est envoyée, dès le moment où celui qui l'envoie, s'en est irrévocablement dessaisi?

En résulte-t-il que l'offre contenue dans cette lettre,

soit, dès ce moment, parvenue à la connaissance de celui à qui elle est adressée et que son acceptation concoure avec elle ?

Non, sans doute !

Donc, le *consentement* n'est pas encore formé ;

Donc, il n'y a pas de contrat (*supra*, n° 68).

71. — Ce qui est vrai seulement, c'est que, si celui qui a reçu la lettre, qui renfermait l'offre, a fait, dans l'ignorance où il était de la révocation ou de l'extinction de cette offre, des dépenses quelconques, ou s'il a subi une perte, en manquant, par exemple, de vendre des marchandises dont le prix a depuis subi une baisse, il devra être rendu indemne, soit par l'offrant, soit par ses héritiers.

Mais cette obligation d'indemnité dérivera, pour ceux-ci, uniquement de l'article 1382, qui oblige celui qui a causé un dommage à le réparer ; elle ne dérivera pas d'un contrat, qui n'a pas pu se former.

C'est ce que Balde explique encore très-bien sur la loi 1, au digeste, *Mandati :*

« *Puto tamen quod recipiens nuntium vel epistolam, si*
« *aliquas impensas fecisset, vel damna habuisset propter*
« *nuntium vel epistolam, ante certiorationem vel scientiam*
« *de pœnitentia mittentis, ad expensas et damna possit*
« *agere.* »

Cette doctrine est pareillement enseignée par Pothier en ces termes :

« Si j'ai écrit, dit-il, à un marchand de Livourne, une lettre par laquelle je lui propose de me vendre une certaine partie de marchandises pour un certain prix, et qu'avant que ma lettre ait pu lui parvenir, je lui en aie écrit une seconde par laquelle je lui marquais que je ne voulais plus cette emplette, ou que, avant ce temps, je sois mort, ou que j'aie perdu l'usage de la raison ; quoique ce marchand de Livourne, au reçu de ma lettre, ignorant ou mon changement de volonté, ou ma mort,

ou ma démence, ait fait réponse qu'il acceptait le marché proposé, néanmoins il ne sera intervenu aucun contrat de vente. »

Et il ajoute :

« Observez, néanmoins, que, si ma lettre a causé quelque dépense à ce marchand pour l'exécution du marché que je lui proposais par cette lettre, ou si elle lui a occasionné quelque perte ; *puta* si dans le temps intermédiaire entre la réception de la première et celle de la seconde, le prix des marchandises a baissé, et que ma première lettre lui ait fait manquer l'occasion de les vendre avant la diminution, dans tous lesdits cas, je suis tenu de l'indemniser, si mieux je n'aime consentir au marché proposé par ma première lettre; cette obligation naît de cette règle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'un autre : *nemo ex alterius facto prægravari debet.* » (*De la Vente*, n° 32.)

72. — C'est une question controversée, et qui peut, en effet, paraître délicate, que celle de savoir si le contrat est formé, dès le moment où l'offre a été acceptée par celui à qui elle a été adressée ?

Ou s'il faut, en outre, que son acceptation soit parvenue à la connaissance de l'offrant; de sorte que celui-ci pourrait retirer son offre, tant qu'il ne connaîtrait pas l'acceptation ?

Cette question, toutefois, ne saurait évidemment s'élever, tant que celui qui a accepté l'offre, demeure maître de son acceptation et libre de la reprendre.

Je reçois la lettre par laquelle vous m'offrez de me vendre votre maison, moyennant tel prix; et après l'avoir lue, je m'en réjouis en moi-même ; et j'accepte !

Est-ce la peine de dire que je puis me raviser, et reprendre cette acceptation qui n'est encore que mentale;... *propositum in mente retentum nihil operatur !*

Bien plus ! il est aussi évident que je pourrais, après avoir écrit la lettre qui doit vous porter mon acceptation,

la déchirer ou la brûler; ou même encore qu'après l'avoir remise à mon domestique ou à un commissionnaire, pour la porter chez vous ou à la poste, je pourrais le rappeler pour lui donner contre-ordre.

Dans tous ces cas, la lettre m'appartient toujours, puisque je n'en suis pas encore dessaisi irrévocablement; et je suis maître de mon acceptation comme de la lettre qui la renferme.

D'où nous pouvons conclure que le concours, purement métaphysique des volontés, ne suffit pas, en effet, pour la formation du consentement qui doit engendrer le contrat.

73. — Mais supposons que j'ai remis à la poste la lettre qui contient mon acceptation et qui doit la porter à votre connaissance.

La lettre alors n'est plus en mon pouvoir; et c'est à vous qu'elle appartient! (L. 65, ff. *De adquir. rer. domin.; supra*, n° 70.)

Le contrat est-il formé, dès ce moment, et avant qu'elle vous soit parvenue?

Ou ne sera-t-il formé que lorsque vous aurez reçu ma lettre?

Un parti considérable, dans la doctrine, enseigne cette dernière solution, et que vous pouvez retirer votre offre, même après mon acceptation, tant que cette acceptation ne vous est pas connue:

1° L'acceptation, dit-on, est de la même nature que l'offre; elle est la manifestation de la volonté de celui qui accepte, comme l'offre est la manifestation de la volonté de celui qui propose; et il est logique que l'une et l'autre soient gouvernées par la même règle;

Or, l'offre n'engage l'offrant que lorsqu'elle est parvenue à la connaissance de celui à qui elle est faite;

Donc, l'acceptation ne doit aussi engager l'acceptant que lorsqu'elle est parvenue à la connaissance de celui qui a fait l'offre.

Cette réciprocité, qui est logique, est en même temps équitable.

2° Ainsi, d'ailleurs, l'exigent les principes.

L'acceptation, tant qu'elle n'est pas connue de celui qui a fait l'offre, est toujours en ce qui le concerne, *propositum in mente retentum.*

Voilà pourquoi l'article 932 dispose que, si l'acceptation d'une donation entre-vifs a eu lieu par acte séparé, la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que *du jour où l'acte qui constatera cette acceptation, lui aura été notifié;* et il faut voir, dans cet article, non pas une disposition spéciale à la donation entre-vifs, mais l'application d'une règle générale pour tous les contrats, et qui ne gouverne la donation entre-vifs elle-même, que parce qu'elle est un contrat; ce qu'il y a seulement de spécial dans l'article 932, c'est la forme, c'est-à-dire, la nécessité de la notification; mais, au fond, il n'est que l'application du droit commun.

3° On ajoute que la lettre, qui renferme l'acceptation, remplit l'office d'un mandataire, au nom de celui qui l'a écrite;

Or, le mandat ne produit d'effet qu'autant qu'il a été exécuté; et ce mandat ne sera exécuté par la lettre, qui porte l'acceptation, qu'au moment où elle arrivera entre les mains de celui à qui elle a été adressée;

Donc, celui qui a fait l'offre, demeure, jusqu'à ce moment, libre de la révoquer; de même que celui qui a accepté, demeure libre de révoquer son acceptation (comp., Pau, 17 avril 1852, Cozette, Dev., 1852, II, 205; Paris, 6 mars 1865, Biche, Dev., 1866, II, 145; Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, § 1, art. 3, n° 11; Toullier, t. III, n° 29; Troplong, *De la vente*, t. I, n°s 24-26; Gauthier Lachapelle, *Encyclop. du droit*, v° *Contrat*, n° 108; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 553; D., *Rec. alphab.*, v° *Obligations*, n° 98; Larombière, t. I, art. 1101, n° 19

74. — Cette doctrine permet, comme on voit, à celui qui a fait l'offre, de même qu'à celui qui a fait l'acceptation, de révoquer : le premier, son offre ; le second, son acceptation, tant que cette acceptation n'est pas connue de l'offrant.

Mais elle ajoute, quelques-uns, du moins, de ses plus savants interprètes ajoutent, que si l'un ou l'autre, soit l'offrant, soit l'acceptant, mourait ou devenait incapable, après l'acceptation, le contrat n'en serait pas moins formé, lors même que l'acceptation n'aurait pas été connue de l'offrant (Toullier, Larombière, *loc. supra cit.*).

Voici comment M. Larombière s'exprime :

« Si ces incidents de mort ou d'incapacité ne surviennent qu'après l'acceptation donnée, mais avant qu'elle soit connue, le contrat n'en est pas moins irrévocablement formé ; il y a eu, en effet, concours des deux volontés. *Eh! qu'importe que toutes les parties puissent se rétracter, tant que l'acceptation n'est pas connue?* Il n'en est pas moins vrai que le contrat n'est imparfait qu'à cause de cette faculté de rétractation, mais qu'il est formé irrévocablement, à défaut de cette rétractation. Or, l'effet même de la mort ou de l'incapacité de l'une des parties, survenue après l'acceptation de l'offre, est de rendre toute rétractation impossible de sa part et de consolider le contrat de son côté. Quant à l'autre, il est indifférent qu'elle ait pu se dédire, tant que l'acceptation n'était pas connue, si, ayant cette faculté, elle ne l'a pas exercée à temps. Il y a donc, de part et d'autre, persévérance de volontés, à defaut de rétractation. » (T. I, art. 1101, n° 20.)

Mais nous croyons que cette distinction est inadmissible, et qu'elle fournit un argument très-fort contre la doctrine tout entière.

De deux choses l'une, en effet :

Ou le contrat n'est formé que du moment où la con-

naissance de l'acceptation est parvenue à celui qui a fait l'offre; et alors, la mort ou l'incapacité de celui-ci survenue avant ce moment, doit faire obstacle à la formation du contrat, tout autant que la rétractation de l'offre; car la mort ou l'incapacité fait obstacle, tout autant certes que la rétractation de l'offre, à la coexistence des volontés, qui seule peut produire le consentement;

Ou, au contraire, le contrat est formé, dès le moment où l'offre a été acceptée, et avant même que l'acceptation ait été connue de l'offrant; et alors, la rétractation de l'offre est aussi impuissante que la mort ou l'incapacité, à défaire le contrat désormais parfait et irrévocable!

La logique exige donc, suivant nous, que l'on choisisse entre l'un ou l'autre de ces deux systèmes (comp. Demante, *Thémis*, t. VII, p. 377-379).

75. — Nous avons, pour notre part, déjà choisi celui qui enseigne que le contrat est formé à compter du moment de l'acceptation, sans qu'il soit nécessaire que cette acceptation ait été connue de celui qui a fait l'offre. (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n°s 138-139).

Et nous croyons pouvoir établir que ce système est le plus juridique :

1° En effet, le contrat, qui est une espèce de convention, se forme par le concours des deux volontés;

Or, les deux volontés ont concouru, dès le moment où l'acceptation de l'offre a eu lieu;

Donc, dès ce moment aussi, le contrat a été formé (*supra*, n° 12).

Ce syllogisme procède bien; et la déduction en sera irrésistible, à moins que l'on n'apporte un texte qui s'y oppose.

On invoque l'article 932!

Mais cet article est spécial aux donations entre-vifs; et il y en a deux preuves : la première, c'est que la dis-

position qu'il renferme, est de droit nouveau, et que notre ancien droit n'exigeait pas, pour la perfection de la donation entre-vifs, que l'acceptation du donataire fût connue du donateur; la seconde, c'est que le droit nouveau ne l'exige pas non plus d'une manière absolue; car c'est seulement *à l'égard du donateur*, que l'acceptation faite par acte séparé, n'aura d'effet que du jour où elle lui aura été notifiée; d'où il suit qu'à l'égard de tous autres, elle aura effet, dès qu'elle aura eu lieu et indépendamment de toute notification (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nos 138-139).

2° Non-seulement aucun texte n'exige, pour que le contrat soit formé, que l'acceptation soit connue de celui qui a fait l'offre; mais tous nos textes supposent virtuellement que cette condition n'est pas nécessaire!

La preuve en est d'abord dans l'article 1101, qui n'exige, pour la formation du contrat, que la *convention*, c'est-à-dire la coexistence simultanée des deux volontés, d'où résulte le consentement.

L'article 1121 en témoigne aussi, lorsque, prévoyant le cas où une personne a stipulé au profit d'un tiers, il ajoute que. « celui qui a fait cette stipulation ne peut « plus la révoquer, *dès que le tiers a déclaré vouloir en « profiter.* »

Enfin, il est impossible, suivant nous, de n'en pas trouver aussi une preuve dans les articles 1984 et 1985.

Aux termes de l'article 1984 : «... Le mandat ne se « forme que par l'acceptation du mandataire; »

Et, aux termes de l'article 1985 : «... L'acceptation du « mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution « qui lui a été donnée par le mandataire; »

Deux textes qui établissent, certainement, que si le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire, il se forme du moins par cette acceptation, sans qu'aucune autre condition soit nécessaire!

Vous m'adressez de Paris, le 1er juillet, une lettre par

laquelle vous me donnez le mandat d'acheter pour vous une maison.

Le 2 juillet, dès la réception de votre lettre à Caen, j'exécute votre mandat; et j'achète pour vous la maison.

Puis je vous écris, le même jour, une lettre, par laquelle je vous annonce que votre mandat a été exécuté.

Est-ce que vous pourrez vous dédire, après l'exécution du mandat, quoique avant la réception de ma lettre?

Est-ce que votre mort ou votre incapacité, survenue après l'exécution du mandat, quoique avant la réception de ma lettre, pourront faire que le contrat de mandat ne se soit pas formé, et que l'acquisition, que j'ai faite pour vous, doive être déclarée nulle?

Il faudrait répondre affirmativement, d'après la doctrine, qui prétend que le contrat n'est formé par l'acceptation, qu'autant que cette acceptation est connue de celui qui a fait l'offre.

Mais une pareille réponse n'est-elle pas impossible, en présence du texte même des articles 1984 et 1985!

Nous le croyons tout à fait!

Or, si on reconnaît notre règle, en ce qui concerne le contrat de mandat, il faut aussi la reconnaître en ce qui concerne les autres contrats; car il est évident qu'elle n'est pas une règle spéciale à cette espèce de contrat (il n'y aurait aucun motif!), mais qu'elle est une règle générale de droit commun.

Telle est, en effet, la force de cette règle, qu'elle entraîne, dans son application, ceux-là mêmes qui, en théorie, ont entrepris de la méconnaître.

Écoutons, par exemple, M. Troplong, l'un des plus autorisés assurément parmi ceux qui l'ont méconnue; voici comment il s'exprime dans son *Commentaire du titre de la Vente* (t. I, n° 29) :

« Vous me demandez, par une lettre du 10 janvier 1841, de vous vendre pour 3000 fr. un tonneau de vin de Bordeaux que j'ai dans ma cave, et dont vous avez

besoin pour le 11 du même mois, à midi; je ne vous réponds pas sur-le-champ; mais, *à l'heure et au jour indiqués, je vous expédie le vin demandé;* et je vous prie de m'en faire toucher le prix. *On doit décider qu'il y a contrat synallagmatique, et que vous ne pouvez vous refuser à l'exécution du marché.* Votre consentement sur la chose et sur le prix est prouvé par votre lettre; *le mien, par l'envoi que je vous ai fait, avant de recevoir de vous aucune rétractation;* il y a de part et d'autre un lien de droit. »

Nous ne disons pas autre chose!

3° En vain on objecte que l'acceptation est de la même nature que l'offre; et que puisque l'offre n'a pas d'effet, tant qu'elle n'est pas connue de celui auquel elle est adressée, l'acceptation ne doit pas avoir d'effet non plus, tant qu'elle n'est pas connue de celui qui a fait l'offre.

La différence est, au contraire, très-grande, entre l'offre et l'acceptation; et cette réciprocité n'est nullement nécessaire.

On ne pourrait pas comprendre la formation du contrat sans le concours des deux volontés; et, par conséquent, si l'offre est retirée avant d'avoir été acceptée, le concours des volontés étant impossible, le contrat ne peut évidemment pas se former!

Mais, au contraire, c'est l'acceptation elle-même qui forme le contrat, par le concours des volontés; et voilà ce qui la différencie profondément de l'offre!

Ce qu'il faut seulement, pour que l'acceptation forme le contrat d'une manière irrévocable, c'est qu'elle soit elle-même irrévocable! (*Supra*, n° 72.)

Mais aussi, dès que l'acceptation est irrévocable, le contrat est formé; et nous n'aurions pas même concédé à Merlin que le contrat ne fût pas formé dans l'exemple, un peu étrange peut-être, qu'il propose, de cet homme qui, ayant dans son cabinet une *voûte acoustique*, voudrait retirer l'acceptation, par lui donnée, au moyen de cette voûte, à une offre, avant que son *porte-voix* l'eût

transmise à celui qui a fait cette offre! (*Répert.*, v° *Vente*, § 1, art. 3, n° 11, p. 508 et 509.)

L'utilité pratique, surtout dans les matières commerciales, nous paraît d'ailleurs aussi s'accorder avec les principes du droit, pour faire prévaloir notre doctrine, d'après laquelle le contrat est formé dès le moment de l'acceptation de l'offre, sans qu'il soit nécessaire que l'acceptation ait été connue de l'offrant.

Vous me demandez, par lettre, des marchandises; et je vous les expédie.

Le contrat, disons-nous, est formé! en conséquence, d'après l'article 100 du Code de commerce, les marchandises voyagent à vos risques et périls; et, à leur arrivée, vous ne pourrez pas les refuser, en offrant de prouver qu'avant de connaître mon acceptation, vous aviez retiré votre offre!

Rien n'est, à notre avis, plus regrettable que de voir des marchandises, arrivées à leur destination, rentrer en magasin ou en gare, parce que le destinataire, qui prétend s'être ravisé, les refuse et les laisse *pour compte!*

Aussi, le tenons-nous, au contraire, pour engagé; de sorte qu'il ne lui suffirait pas d'offrir à l'expéditeur des dommages-intérêts qui pourraient ne pas remplacer toujours exactement, pour lui, l'exécution même du contrat.

Et c'est, en effet, l'exécution même du contrat que l'expéditeur, selon nous, a le droit de réclamer (comp. Pothier, *de la Vente*, n° 32; Duranton, t. XVI, n° 45; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 58 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 206; Marcadé, art. 1108, n° 2).

B. — *Quels sont les vices du consentement, qui peuvent entraîner la nullité du contrat?*

SOMMAIRE.

76. — Il faut distinguer deux hypothèses : celle où aucun consentement n'a été donné; et celle où le consentement, qui a été donné, est entaché d'un vice quelconque. — Exposition.

76. — Il importe, avant tout, de distinguer deux hypothèses différentes, à savoir :

1° Celle où aucun consentement n'a été donné;

2° Celle où le consentement, qui a été donné, se trouve entaché d'un vice quelconque.

Ces hypothèses sont, en effet, très-différentes.

Dans la première, le contrat est *nul;*

Tandis qu'il est seulement *annulable*, dans la seconde.

Le contrat, que nous appelons *nul*, est celui qui n'a pas pu se former; il est même plus que nul, il est inexistant; c'est un pur fait.

D'où il suit que cette *inexistence* peut être proposée par toute personne intéressée; — en tout temps; — et sans qu'aucune ratification puisse créer une fin de non recevoir;

A la différence du contrat simplement *annulable*, qui s'est formé, lui! qui existe juridiquement, et qui continuera d'exister, tant que l'annulation n'en aura pas été prononcée (art. 1234, 1304).

D'où il suit, au contraire, que l'action en nullité, à laquelle il est soumis, peut être proposée seulement par certaines personnes; — pendant un certain temps; — et qu'elle est susceptible de s'éteindre par une ratification (art. 1115, 1304, 1338).

77. — Cette distinction fondamentale n'a pas été peut-être suffisamment mise en relief dans notre Code.

Mais elle résulte de la nature des choses; et plusieurs de ses articles la consacrent implicitement.

C'est ainsi que la définition même de l'article 1101 implique que l'absence totale de consentement est exclusive de toute convention.

Et quand l'article 1109 ajoute que :

« Il n'y a point *de consentement valable, si le consente-*
« *ment n'a été donné* que par erreur, ou s'il a été extor-
« qué par violence ou surpris par dol »;

Le législateur, évidemment, suppose que le *consentement a été donné;* et, par conséquent, il distingue cette hypothèse d'avec celle où aucun consentement n'aurait été donné.

Voilà bien aussi la distinction, qui résulte plus nettement encore des termes de l'article 1117 :

« La convention contractée par erreur, violence ou
« dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seule-
« ment lieu à une action en nullité ou en rescision, dans
« les cas et de la manière expliqués à la section VII du
« chapitre V du présent titre. »

Ce n'est pas le moment d'exposer cette théorie des contrats nuls et des contrats annulables.

Nous avons eu, plusieurs fois déjà, l'occasion de nous y référer; car elle gouverne tout le domaine du droit. (Comp. nos *Traités du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 238; *De la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 813; *Des Successions*, t. II, n° 531).

Mais c'est dans la section VII du chapitre V de ce titre, où les rédacteurs du Code l'ont placée, que nous nous réservons d'en fournir l'exposition complète.

78. — Il fallait, toutefois, la rappeler ici, afin d'expliquer ce qu'il peut y avoir, en apparence, d'incomplet dans les dispositions de notre Code, qui ont trait à la condition du consentement dans les contrats.

La section I de ce chapitre, qui est intitulée : *Du Consentement*, est relative aux cinq vices suivants, dont le consentement peut être affecté, savoir :

1. A l'erreur (art. 1110);

2. A la violence (art. 1114);

3. Au dol (art. 1116);

4. A la lésion (art. 1118);

5. *Au défaut de lien;* ce qui met en scène la thèse célèbre des promesses et des stipulations pour autrui (art. 1119-1122).

79. — Mais il est impossible de ne pas remarquer que cette énumération est incomplète.

« L'essence de la convention, dit Pothier, consistant dans le consentement, il s'ensuit qu'il faut être capable de consentir, et, par conséquent, avoir l'usage de la raison pour être capable de contracter. » (N° 49.)

Et il ajoute :

« Il est donc évident que ni les enfants, ni les insensés, ni les fous, pendant que dure leur folie, ne peuvent contracter..., et que l'ivresse, lorsqu'elle va jusqu'au point de faire perdre la raison, rend la personne qui est en cet état, pendant qu'il dure, incapable de contracter, parce-qu'il la rend incapable de consentir. »

Cela est, en effet, évident!

Et pourtant, il n'y a, dans notre Code, aucun article spécial par lequel les personnes qui se trouvent dans ces situations, soient déclarées incapables de contracter.

Il est vrai!

Mais il y a les articles qui posent cette règle générale que le consentement est la première condition et la plus essentielle pour qu'un contrat puisse se former, et dont la conséquence est nécessairement que ceux qui sont incapables, en fait, d'avoir et d'exprimer une volonté, sont, par cela même, en droit, incapables de contracter.

C'est qu'il s'agit, ici, d'une incapacité *naturelle de consentir*, qu'il ne faut pas confondre avec l'incapacité *légale de contracter*.

La première est exclusive de tout consentement; et elle fait que le contrat, qui n'a pas pu se former, est inexistant;

Tandis que la seconde, loin d'exclure la possibilité du consentement, en suppose, au contraire, plutôt l'existence, puisqu'elle reconnaît que le contrat s'est formé, et qu'elle a pour but d'éteindre, par une action en nullité, les obligations qu'il a fait naître (art. 1234, 1304).

80. — Il faudrait donc tenir pour inexistant le prétendu contrat qui aurait été conclu avec un enfant non encore parvenu à l'âge de raison.

Et si l'on objectait que les articles 1124, 1125 et 1305 déclarent simplement annulables ou rescindables les conventions passées par des mineurs, nous répondrions que ces articles eux-mêmes supposent que ces mineurs ont pu conclure une convention telle quelle, puisqu'ils décident que cette convention sera soumise à une action en nullité ou en rescision; c'est-à-dire qu'ils n'ont en vue que les mineurs déjà parvenus à l'âge de raison, et qui sont, en fait, capables de consentir.

C'est ce qu'exprimait fort bien Justinien, en ces termes :

« *Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent....* » (Inst., § 10, *de Inut. stipul.;* comp. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs;* Locré, t. XII, p. 323; notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle,* etc., t. I, n° 811).

81. — La même solution nous paraît applicable :

Soit aux personnes qui, sans avoir été interdites, sont en état de démence;

Soit à celles qui, au moment du prétendu contrat qu'elles auraient conclu, se trouveraient dans un état d'ivresse ou de délire fébrile ou autre, tel qu'il leur ôtait l'usage de la raison (comp. Colmar, 27 août 1819, Sirey, 1820, II, 79; Angers, 12 déc. 1823, Sirey, 1824, II, 140; Rouen, 1er mars 1825, Sirey, 1825, II, 115; Lyon, 24 août 1831, Dev., 1832, II, 84; Rouen, 17 juin 1845; Grard, Dev., 1846, II, 555; Rennes, 14 juillet 1849, Amice, Dev., 1850, II, 36; Pothier, nos 49 et 128; Za-

chariæ, Massé et Vergé, t. III, § 613; Sacaze, *de la Folie*, etc., p. 45; Brillaud-Laujardière, *de l'Ivresse, considérée dans ses conséquences médico-légales*; Gauthier-Lachapelle, *Encyclopédie du droit*, v° *Contrat*, n[os] 126, 127).

Cette solution, toutefois, a été contestée; et d'éminents auteurs enseignent que « la loi, en ouvrant une action en nullité contre les conventions passées par une personne qui se trouvait en état de démence, donne clairement à entendre qu'elle en reconnaît l'existence juridique » (art. 503, 504, 1117); et ils ajoutent « que cette observation s'applique *a fortiori* aux conventions passées en état d'ivresse. » (Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 210, 211; comp. Toullier, t. III, n° 112.)

Mais nous ne saurions adhérer à cette doctrine.

En dehors de l'interdiction, il n'existe, contre les personnes en état de démence, aucune incapacité *légale de contracter!*

Et la seule incapacité, dès lors, dont elles soient frappées, c'est l'incapacité *physique de consentir!*

Cette réponse, qui est, suivant nous, décisive, relativement aux personnes en état de démence, l'est bien plus encore, s'il se peut, relativement aux personnes en état d'ivresse ou de délire, puisque cet état, purement accidentel, ne saurait donner lieu à l'interdiction! (Comp. notre Traité précité, *De la Minorité*, etc., t. II, n° 429; Duranton, t. X, n° 103; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. I, n° 88; Solon, *des Nullités*, t. I, n° 39; Marcadé, art. 1108, n° 111; Colmet de Santerre, t. V, n° 14 *bis*).

82. — L'erreur dans le consentement peut avoir aussi, dans certains cas, une telle intensité, qu'elle soit exclusive de tout accord des volontés.

Et, dans ces cas, en effet, elle n'est pas un simple vice du consentement, qui rende seulement le contrat annulable; elle fait qu'il n'y a pas du tout de consentement, et que le contrat est inexistant.

C'est en ce sens que M. Larombière distingue l'*erreur-*

obstacle, dit-il, qui empêche la convention de se former, et l'*erreur-nullité,* qui l'annule une fois formée (t. I, art. 1110, n° 29).

Cette distinction est elle-même, il est vrai, méconnue encore par les auteurs que nous venons de citer (Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 209).

Mais elle nous paraît certaine; et nous espérons pouvoir le démontrer.

83. — C'est ce que nous allons faire, en examinant successivement les cinq vices du consentement, auxquels cette première section est consacrée (*supra,* n° 78).

I.

De l'erreur.

SOMMAIRE.

100. — Suite.
101. — Suite.
102. — Suite.
103. — Suite.
104. — L'erreur sur la substance de la chose, est une cause de nullité, dans toutes les conventions, soit synallagmatiques, soit unilatérales, et de quelque côté qu'elle se trouve. — Explication.
105. — Suite.
106. — Suite.
107. — Des vices rédhibitoires. — Explication théorique des articles 1110 et 1641 et suivants comparés.
108. — 2° De l'erreur sur la personne, avec laquelle on a intention de contracter.
109. — Dans quels cas l'erreur sur la personne peut-elle être une cause de nullité de la convention?
110. — Suite. — De l'erreur sur la personne, dans le mariage. — Renvoi.
111. — De l'erreur sur la personne, dans les contrats à titre gratuit.
112. — De l'erreur sur la personne, dans les contrats à titre onéreux.
113. — Suite.
114. — De l'erreur sur la personne dans le contrat de société.
115. — De l'erreur sur la personne du métayer, dans le colonat partiaire.
116. — De l'erreur sur la personne du fermier, dans le contrat de bail.
117. — Des contrats à titre onéreux, dans lesquels on ne considère pas, en général, principalement l'industrie ou l'aptitude particulière de la personne. — Exemple.
118. — Suite.
119. — Observation générale.
120. — De l'erreur sur la personne, dans le contrat de transaction.
121. — De l'erreur, qui tombe non pas sur l'identité physique de la personne, mais sur sa qualité.
122. — De l'erreur sur le nom de la personne ou de la chose.
123. — Du cas où l'erreur soit sur la chose, soit sur la personne, provient du dol de l'un des contractants.
124. — 3° De l'erreur sur l'identité même de la chose, qui est l'objet de la convention. — Renvoi.
125. — 4° De l'erreur sur la nature de la convention, que les parties ont voulu faire.
126. — 5° De l'erreur sur la cause, dans les conventions.
127. — 6° De l'erreur sur les motifs. — Renvoi.
128. — 7° De l'erreur sur la valeur de la chose ou de la lésion. — Renvoi.
129. — Faut-il distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit?
130. — La nullité du contrat prononcée pour cause d'erreur, réagit contre les tiers. — Renvoi.

84. — L'article 1110 est ainsi conçu :

« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention « que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la « chose qui en est l'objet.

« Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne « tombe que sur la personne avec laquelle on a intention « de contracter, à moins que la considération de cette « personne ne soit la cause principale de la conven- « tion. »

L'erreur est une opinion contraire à la vérité; elle est plus grave encore que la simple *ignorance,* avec laquelle il ne faut pas la confondre; l'ignorance ne sait pas, l'erreur croit savoir, et elle se trompe! (Comp. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, p. 116, § 205; Duranton, t. X, n° 106.)

Aussi, est-elle l'un des plus grands vices du consentement : « ... *Non videntur qui errant consentire.* » (L. 116, § 2, ff. *de Regul. jur.*)

85. — D'après notre article, l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que dans deux cas :

1° Lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet:

2° Lorsqu'elle tombe sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, si la considération de cette personne est la cause principale de la convention.

Il importe d'expliquer d'abord ces deux cas d'erreur, les seuls que notre Code mentionne.

Nous examinerons ensuite quelle doit être, sur le sort du contrat, l'influence des autres cas d'erreur dont il ne dit rien (n°s 123 et suiv.).

86. — 1° L'erreur est une cause de nullité de la convention, lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Ce premier cas est difficile; et la difficulté vient précisément de cette expression métaphysique : *la substance,* que l'article 1110 emploie, et qui nous a déjà causé, dans d'autres matières, beaucoup de perplexités!

L'explication que nous en avons fournie, va toutefois simplifier ici notre tâche (comp., notre *Traité de la Distinction des biens;* — *de la Propriété;* — *de l'Usufruit,*

t. I, nos 18-20, et t. II, n° 224; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 346).

87. — On pourrait être, à première vue, porté à croire que la *substance*, d'après l'article 1110, signifie l'individualité, l'identité même de la chose, et que par conséquent, l'erreur que notre Code admet comme cause de nullité du contrat, est celle-là seulement, qui tombe *in ipso corpore!*

Je crois vendre *ma maison de Caen;* et vous croyez acheter *ma maison de Paris.*

La vente est nulle!

Oh! certes oui; le mot est même très-exact; la vente est *nulle*, et non pas seulement *annulable;* il n'y a pas *de contrat;* car il n'y a pas de *consentement* (comp., notre *Traité des Successions*, t. V, n° 398; de Savigny, *Traité de Droit romain*, t. III, p. 285; Duranton, t. X, n° 114).

88. — Mais est-ce là l'hypothèse que l'article 1110 a en vue?

Nous ne le croyons pas; et il nous paraît, au contraire, certain que cet article ne s'occupe pas de l'erreur qui tombe sur l'individualité même de la chose qui fait l'objet de la convention, mais qu'il a en vue l'erreur qui tombe sur certaines qualités, c'est-à-dire sur les qualités *substantielles* de cette chose.

La preuve en résulte : soit des traditions du droit romain et de notre ancien droit français; soit des textes mêmes de notre Code; soit enfin des plus graves considérations de bonne foi, d'équité et d'intérêt public :

1° Nul doute, d'abord, que, d'après la doctrine romaine, l'erreur *in corpore* ne fût différente de l'errreur *in substantia*. Marcellus, il est vrai, paraît vouloir les confondre; mais il est repris par Ulpien, qui les distingue fort soigneusement.

Après avoir décidé que la vente est nulle, lorsque l'erreur des parties tombe sur l'identité même de la chose :

« ... *Si ego me fundum emere putarem cornelianum, tu*

mihi te vendere sempronianum putasti... » (L. 9 princ. ff. *de contrah. empt.*);

Ulpien ajoute :

« *Unde quæritur si* IN IPSO CORPORE *non erratur, sed* IN SUBSTANTIA *error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emptio venditio sit?* Marcellus lib. VI *Digestorum scripsit emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. — Ego in vino quidem consentio, quia eadem propè substantia est, si modo vinum acuit; cæterum, si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit...* ALIUD PRO ALIO VENISSE VIDETUR; *in cæteris autem nullam esse venditionem puto, quoniam in materia erratur.* » (§ 2; comp. L. 41, § 1, *eod.*; quant à la loi 14, qui semblerait contraire, *voy.* Voët, tit. *de contrah. empt.*, nº 5.)

Telle fut aussi l'ancienne doctrine française; Pothier qui la résume, se réfère précisément à la distinction d'Ulpien.

Après avoir décidé, comme le jurisconsulte romain, « qu'il ne peut y avoir de consentement, lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention... et que si quelqu'un entend me vendre ou me donner une certaine chose et que j'entende acheter de lui une autre chose ou accepter la donation d'une autre chose, il n'y a ni vente, ni donation (nº 17) »;

Pothier ajoute aussi :

« L'erreur annule la convention, non-seulement lorsqu'elle tombe SUR LA CHOSE MÊME, mais lorsqu'elle tombe *sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue,* et qui fait la SUBSTANCE DE CETTE CHOSE. C'est pourquoi si, voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achète de vous une paire de chandeliers, que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté ; quand même vous n'auriez eu aucun dessein

de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été, a détruit mon consentement; car la chose que j'ai voulu acheter, est une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez présentés à vendre, étant des chandeliers de cuivre, *on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter.*

« Il en est autrement, lorsque l'erreur ne tombe que *sur quelque qualité accidentelle de la chose.* Par exemple, j'achète chez un libraire un certain livre, dans la fausse persuasion qu'il est excellent, quoiqu'il soit au-dessous du médiocre; cette erreur ne détruit pas mon consentement, ni par conséquent le contrat de vente; la chose que *j'ai voulu acheter et que j'ai eue en vüe, est véritablement le livre que le libraire m'a vendu et non une autre chose....* » (n° 18).

2° Ces précédents révèlent le sens du mot : *substance,* dans l'article 1110; et il est manifeste que notre Code maintient la distinction traditionnelle entre l'erreur *in corpore* et l'erreur *in substantia.*

Il ne s'occupe pas de la première; l'article 1117 en est la preuve! En effet, cet article se réfère évidemment à l'article 1110, lorsqu'il décide que la convention contractée par erreur, n'est pas *nulle de plein droit*, et qu'elle donne seulement lieu à une action de nullité; or, l'erreur qui tombe *in ipso corpore rei*, rend, au contraire, la convention *nulle de plein droit*, puisqu'elle est une *erreur-obstacle,* qui empêche la convention de se former ; donc, ce mot *substance,* de l'article 1110, doit s'entendre comme il s'est toujours entendu, dans le droit privé, de la *qualité substantielle* de la chose, qui fait l'objet du contrat. Les rédacteurs du Code Napoléon, en employant, dans la même matière, le même mot qu'Ulpien et Pothier, ont certainement voulu y attacher la même acception.

3° Nous ajoutons que cette acception, conforme aux traditions historiques, est, en outre, commandée par

l'équité, par la bonne foi, par l'intérêt public, qui ne permettent pas de restreindre la nullité du contrat au seul cas d'erreur sur *l'individualité* de la chose; car l'erreur sur la *qualité* peut être telle, qu'elle vicie profondément la volonté, et qu'il soit évident que les parties ou l'une d'elles n'auraient pas consenti, si elles avaient connu la vérité; or, ce qu'une législation sage ne saurait admettre, c'est qu'un contrat, qui est le fruit de l'erreur, ne soit pas annulable, *lorsque le juge peut être convaincu que la partie ne se serait point obligée, si elle n'avait pas été dans cette erreur* (Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, t. XII, p. 319).

C'est-à-dire, finalement, que l'article 1110 a en vue l'erreur sur les qualités de la chose, et qu'il dispose, en effet, que cette erreur peut être une cause de nullité du contrat.

Mais, en même temps, l'article exige que l'erreur tombe sur les qualités *substantielles;* car il était impossible qu'une erreur sur les qualités quelconques de la chose, sur ses qualités simplement *accidentelles* et accessoires, devînt une cause de nullité, soit parce que cette erreur, qui se confond presque toujours avec l'erreur sur *les motifs*, n'est pas destructive du consentement, soit parce qu'une telle cause de nullité aurait ébranlé profondément la stabilité et la sécurité qui sont si nécessaires dans les conventions.

89. — Ce que nous avons donc maintenant à faire, pour compléter cette théorie, c'est d'établir la distinction entre les *qualités substantielles* de la chose qui fait l'objet du contrat, et *ses qualités accidentelles ;*

Distinction délicate, dont nous avons toutefois posé déjà la base juridique (*supra*, n° 86).

La *substance* d'une chose, en droit, consiste, avons-nous dit, dans la qualité principale et caractéristique qui individualise cette chose, qui la rend spécialement propre à un certain usage, et d'où elle tire son nom,

le *nomen appellativum* qui sert à la distinguer des autres choses; aussi la désigne-t-on, en effet, par un *substantif* ou par une réunion de mots employés *substantivement :* un candélabre d'argent, un cheval arabe, un tableau de Rubens.

La substance, ainsi considérée, est un élément absolu qui n'est pas susceptible de plus ou de moins, ni de degrés, ni de nuances; c'est oui ou non ! c'est tout ou rien ! Ce candélabre est en argent ou il n'est pas en argent; ce cheval est arabe ou il ne l'est pas ; ce tableau est l'œuvre de Rubens ou il n'est pas son œuvre; il n'y a pas de milieu.

Voilà la substance, la qualité substantielle, celle dont l'absence dénature la chose et fait qu'elle est une autre chose, un autre être que celui que les parties ou l'une d'elles avaient en vue.... : *aliud pro alio*, dit fort justement Ulpien.

Très-différente est la qualité simplement accidentelle, qui peut *s'ajouter*, à des degrés divers, en bien ou en mal, à la chose, et que l'on désigne, en effet, par un *adjectif;* l'argent, dont ce candélabre est formé, peut être plus ou moins pur (comp. Cass., 13 janv. 1864, Block, Dev., 1864, I, 93); ce cheval arabe peut être plus ou moins agile; ce tableau de Rubens peut être l'un des meilleurs ou l'un des moins bons; mais, dans l'un comme dans l'autre cas, ce sera toujours un candélabre en argent, un cheval arabe, un tableau de Rubens, c'est-à-dire la chose même, que les parties ont eue en vue dans leur convention.

Telle est, en droit, théoriquement, la définition de ces deux sortes de qualités, *substantielles* et *accidentelles*, dans les choses (comp. Vernet, *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*, appendice : *Du Consentement*, p. 230-231).

90. — Et maintenant, en fait, dans la pratique, comment pourra-t-on distinguer les unes d'avec les autres?

Il y a d'abord un cas où la distinction sera généralement facile : c'est celui où l'erreur aura porté sur les éléments matériels, ou, comme on dit, sur *la matière première*, dont la chose est formée.

Je crois acheter une paire de chandeliers *en argent;* et vous me vendez une paire de chandeliers en *plomb argenté.*

Mon erreur tombe certainement sur la substance, sur la qualité substantielle de la chose.

Le *substantif*, en effet, manque alors complétement ; ce n'est là, en aucune manière, l'objet que j'ai voulu acheter; c'est un être différent, une autre chose, *aliud pro alio*, qui n'est pas propre à l'usage de luxe ou d'ostentation, ou de libéralité que je me proposais d'en faire, comme si je voulais l'offrir en présent à un ami !

Je ne dis pas que cette chose *en plomb* n'a pas la même valeur intrinsèque et vénale que la chose *en argent* que je croyais acheter !

Cela est incontestable, aussi, pourtant !

Mais je ne le dis pas ; car cette considération ne serait pas décisive (art. 1118).

Il ne s'agit pas ici de lésion ;

Il s'agit d'erreur !

91. — Cette première application de notre théorie est donc évidente !

Mais est-elle la seule ? et ne doit-on reconnaître comme erreur sur la qualité substantielle de la chose que celle qui tombe sur la matière première, dont cette chose est composée ?

Il est remarquable que les exemples, que les jurisconsultes romains, et même aussi Pothier, en fournissent, semblent en effet ne se rapporter qu'à cette espèce d'erreur : *acetum pro vino*... PLUMBUM PRO ARGENTO... ÆS PRO AURO... *mensam argento coopertam pro solidâ*...; du vinaigre pour du vin... ; des lingots de cuivre pour de l'argent ;... une table en plaqué d'argent pour une table

d'argent massif... (L. 9, 14 et 41, ff. *de contrah. empt.;* Pothier, n° 18).

Mais il n'en saurait être ainsi ; et le principe essentiel sur lequel toute cette doctrine est fondée, s'oppose à une pareille restriction, quoique Duranton, pourtant, ait semblé l'admettre (t. X, n°s 114-115).

C'est un principe essentiel, en effet, et que nous avons plusieurs fois mis en relief, que la science du droit qualifie les choses, non pas précisément d'après les éléments matériels qui les constituent, mais bien plutôt d'après leur forme, leur nom, leur destination, comme aussi d'après les éléments divers, d'origine, d'ancienneté ou autres, qui leur sont propres, qui les individualisent spécialement, et qui les distinguent des autres choses.

Or, à ce point de vue, il est manifeste que l'erreur, dans les conventions, peut tomber sur une qualité substantielle de la chose, alors même qu'elle ne tomberait pas sur la matière première, dont cette chose est formée.

Et voilà, sans doute, ce que Pothier exprime, lorsqu'il définit l'erreur sur la substance de la chose, celle *qui tombe sur la qualité de la chose*, *que les contractants ont eue principalement en vue* (*supra*, n° 88), c'est-à-dire sur la qualité qui, d'après la manière dont les contractants considéraient la chose, en constituait, pour eux, l'individualité précise et faisait qu'elle était spécialement cette chose même et non pas une autre chose (comp., de Savigny, *Traité de Droit romain*, t. III, p. 138 ; Duranton, t. X, n° 144; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 555 ; Massé, *Droit commercial*, t. IV, n°s 55 et suiv. ; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n°s 130 et suiv.)

92. — L'exemple même que nous avons déjà fourni, de l'erreur sur l'auteur d'une œuvre d'art, en est la preuve, *supra*, n° 89).

J'achète de vous un tableau, parce que je crois qu'il est de Rubens ; mais il est, au contraire, d'un autre maître, obscur ou même aussi célèbre.

Eh bien, c'est là certainement une erreur sur la substance, sur la qualité substantielle de la chose, et qui doit ouvrir, à mon profit, une action en nullité de notre convention!

Nous citons cette espèce, parce qu'elle est une de celles qui peuvent, en effet, s'élever souvent dans la pratique, et aussi parce qu'il nous a semblé que les solutions, qu'elle y a reçues, ne présentent peut-être pas une suffisante fermeté de principes.

C'est ainsi, que le tribunal civil de la Seine a décidé, le 30 janvier 1848, que l'erreur sur le maître d'un tableau ne saurait, à elle seule, être une cause de nullité de la convention, dont le tableau a été l'objet; et cela, quand même l'auteur prétendu se serait trouvé faussement inscrit au bas de ce tableau (Durand-Ruel, Dev., 1848, II, 99).

Et, entre autres motifs, le jugement porte :

«... *Que tout, dans une œuvre d'art, frappe les yeux de l'acheteur.... et qu'il est évident que le nom d'un artiste, au bas d'un tableau, ne constitue pas une qualité substantielle de ce tableau.* »

Mais cette proposition, dans sa généralité, serait tout à fait inadmissible; chacun sait, au contraire, l'extrême importance qu'a toujours eue, dans le commerce des tableaux, le véritable nom de l'auteur, une importance même souvent, qui ajoute à l'œuvre une valeur vénale beaucoup plus élevée, que le mérite réel de l'exécution!

Il est vrai que le jugement du tribunal de la Seine a été réformé par la Cour de Paris (9 janvier 1849, Durand-Ruel, Dev., 1849, II, 80); mais l'arrêt infirmatif exige lui-même, pour que l'erreur sur le nom de l'auteur soit une cause de nullité du contrat, que « *ce nom soit entré dans la convention et en ait formé une condition essentielle.* »

On pourrait signaler encore la même incertitude de principes dans d'autres décisions judiciaires, qui ont statué sur des espèces semblables; et nous oserons dire

qu'elle se rencontre aussi chez des jurisconsultes éminents (comp., Paris, 17 juin 1813, Varéjea, Sirey, 1814, II, 85; Douai, 27 mai 1844, Bienbor, Dev., 1846, II, 501; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 390; Troplong, *id.*, t. I, n° 15 et t. II, n° 555; Larombière, t. I, art. 1110, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 274).

Oh! sans doute, les circonstances de chaque espèce ont, en ces sortes d'affaires, une grande influence sur l'application du droit; et nous reconnaissons que c'est avant tout, en fait, que doit être décidée la question de savoir si l'origine de l'œuvre et le nom de l'auteur ont été considérés, dans la convention, comme une qualité substantielle de la chose.

Mais, lorsqu'une fois il est constaté, en fait, que c'est *une œuvre de Rubens*, ou, comme on dit, *un Rubens* que j'ai cru acheter, et que c'est *cette qualité* que j'ai eu principalement en vue d'obtenir, on ne doit plus hésiter à dire qu'il y a là une erreur sur la substance de la chose, et que j'ai acheté *aliud pro alio*, si le tableau n'est pas un *Rubens!*

Il ne faudrait pas s'attacher trop à ces objections qui se trouvent aussi dans le jugement du tribunal civil de la Seine, du 28 janvier 1848 : « *Que tout dans une œuvre de peinture frappe les yeux de l'acheteur; que l'origine d'un tableau ne peut être distinguée le plus souvent que par de vagues indices, des conjectures plus ou moins précises, ou des analogies plus ou moins contestables ;.... que l'acheteur, en raison des données que possède l'art, quelque incertaines qu'elles soient, a pu se préserver de l'erreur sur le mérite substantiel de la chose...* » (cité *supra*).

Ces objections, en effet, ne tendraient à rien moins qu'à conclure que l'erreur sur le nom du véritable auteur d'un tableau, ne saurait constituer une erreur sur la qualité substantielle de la chose; mais qu'elle serait seulement toujours une erreur sur sa qualité accidentelle; et, c'est en effet, à cette conclusion que nos savants col-

lègues, MM. Aubry et Rau, semblent en être venus (*loc. supra cit.*).

Mais une telle doctrine est, à notre avis, inadmissible.

Une copie n'est pas un original ! l'œuvre d'un peintre, quel qu'il soit, s'il n'est pas *Rubens*, n'est pas non plus un *Rubens!* c'est bien certainement un autre être, une autre chose, *aliud pro alio* (comp., Paris, 29 mars 1856, Leroy-d'Etiolles, Dev., 1856, II, 304).

93. — Ce qui est vrai des tableaux, l'est également de tous les objets quelconques, dont l'origine ou l'ancienneté aurait été considérée dans la convention, comme la qualité substantielle : des statues, des médailles, des monnaies antiques, etc. (comp., Cass., 13 janv. 1844, Bloch, Dev., 1844, I, 93).

L'erreur sur le nom du statuaire, ou sur la date et l'ancienneté de l'objet serait donc alors substantielle.

94. — Je vous ai vendu la nue propriété d'un domaine, dont je croyais, au moment de la vente, que l'usufruit appartenait à Paul.

Mais, au moment de la vente, Paul était mort; et l'usufruit avait pris fin!

Et vous réclamez, en vertu de cette vente, la pleine propriété du domaine.

Ai-je le droit d'en demander la nullité, pour cause d'erreur sur la substance de la chose.

Assurément !

Ce qui a fait l'objet de notre contrat, c'est une *nue propriété;* telle est la chose, que nous avions en vue, et sur laquelle nos deux volontés ont porté;

Or, une *pleine propriété* n'est pas une *nue propriété ;* ce n'est pas le même être ni, en effet, le même nom ;

Donc, il y a une erreur sur la substance de la chose; et c'est *aliud pro alio,* que je vous aurais vendu, si cette vente n'était pas rescindée ! (Comp. notre *Traité de la distinction des biens; — De la propriété; — De l'usufruit,*

t. II, n° 220; Paris, 13 décembre 1856, De Villermont, Dev., 1856, II, 3; Cass. 8 mai 1858, De Villermont, Dev., 1859, I, 38).

95. — Que l'erreur sur les qualités substantieles de la chose, soit une cause de nullité de la convention, lorsqu'elle a été commune aux deux parties, cela est d'évidence.

« *Si in materiâ et qualitate ambo errarent....* » (L. II, *De contrah. empt.*).

96. — Mais cette condition est-elle nécessaire?

Ou ne suffit-il pas, au contraire, que l'une des parties ait été dans cette erreur, lors même que l'autre partie ne l'aurait point partagée?

La question est controversée; et afin de la résoudre clairement, il faut distinguer deux hypothèses:

a. Ou les parties se sont expliquées, dans la convention;

b. Ou elles ne se sont pas expliquées.

97. — *a*. La première hypothèse ne saurait offrir de difficulté.

L'acheteur, par exemple, a déclaré expressément qu'il n'achète la chose que parce qu'il croit qu'elle a telle qualité, qu'il désigne, et sous la condition que cette qualité existe.

Le contrat, dans ce cas, sera rescindable, si cette qualité n'existe pas; et cela, non-seulement lorsque l'erreur tomberait sur une qualité substantielle, mais encore lors même qu'elle ne tomberait que sur une qualité accidentelle; car ce n'est plus, à vrai dire, de l'erreur, que la rescision procède; cette clause a rendu le contrat vraiment conditionnel; et c'est parce que la condition a manqué, qu'il se trouvera résolu.

Pareillement, en sens inverse, le vendeur a déclaré expressément qu'il entend ne pas garantir la qualité de la chose que l'acheteur croit y découvrir, et qu'il a principalement en vue.

Le contrat, dans ce cas, ne sera plus rescindable, si

cette qualité n'existe pas; et cela, non-seulement lorsque l'erreur ne tomberait que sur une qualité accidentelle, mais encore lors même qu'elle tomberait sur une qualité substantielle.

La convention a été formée sous cette condition; et elle fait la loi des parties. (Art. 1134; comp. Cass., 13 janv. 1864, Bloch, Dev. 1864, I, 93).

98. — Il n'est pas même nécessaire que la convention, à cet égard, soit expresse; elle peut aussi être tacite.

Eadem vis est taciti atque expressi.

C'est-à-dire que les magistrats peuvent reconnaître, dans les circonstances du fait, la preuve que les parties ont, de part et d'autre, entendu traiter sur une chose déterminée, telle qu'elle était et comme elle était extérieurement par l'apparence, sans que l'acheteur ni le vendeur aient subordonné son consentement à l'existence d'une qualité quelconque, accidentelle ou substantielle, dans cette chose. (Comp. *infra*, n° 102; Colmet de Santerre, t. V, n° 16 bis, 111).

99. — *b.* Supposons maintenant que les parties ne se sont pas expliquées et que l'erreur sur la substance de la chose n'existe que de la part de l'une d'elles.

Voilà un magasin où se trouvent en montre des tableaux ou des candélabres ?

J'entre, j'examine, et j'avise un tableau, que je crois être de Rubens, ou un candélabre que je crois être en argent.

Je demande au marchand combien ce tableau ? combien ce candélabre?

Le marchand, lui! sait bien que le tableau n'est pas de Rubens, et que le candélabre est seulement en cuivre argenté.

L'erreur n'est donc que de mon côté.

Cependant, le prix est convenu; et j'achète pour un Rubens ce tableau, qui n'en est pas un, ou pour un candélabre d'argent ce candélabre, qui est de cuivre.

Le contrat est-il rescindable pour cause d'erreur de mon consentement sur la qualité substantielle de la chose?

Notons d'abord qu'il sera certainement rescindable pour cause de dol, si c'est le vendeur lui-même qui a fait naître chez moi cette erreur, ou même seulement s'il l'a entretenue, après s'être aperçu que j'y tombais (art. 1116).

Il ne serait donc pas même, en cas pareil, nécessaire de soulever la question d'erreur dans mon consentement.

Et la preuve que c'est surtout le dol du vendeur qu'il faudrait alors présenter comme cause de nullité, c'est que le contrat serait, en effet, annulable pour cause de dol, non-seulement dans le cas où l'erreur dans laquelle le dol m'aurait induit, tomberait sur les qualités substantielles de la chose, mais encore dans le cas où elle ne tomberait que sur les qualités accidentelles, s'il était reconnu que je n'aurais pas contracté sans les manœuvres dolosives que le vendeur a pratiquées.

100. — Mais écartons cette circonstance de dol du vendeur.

Le vendeur est de bonne foi; il ne sait pas que je suis dans l'erreur.

Je lui montre ce tableau que voilà, ce candélabre que je tiens; et je me borne à lui en demander le prix, sans dire un seul mot qui puisse lui faire soupçonner que je crois que ce tableau est un Rubens, ou que ce candélabre est en argent.

Il me fait donc son prix, que j'accepte; et c'est dans cette situation que le contrat est conclu.

Ce contrat est-il rescindable pour cause d'erreur de mon consentement sur la qualité substantielle de la chose?

Notre question, amenée à ces termes, peut paraître délicate; et, d'après une doctrine qui compte d'imposants suffrages, elle devrait être résolue négativement.

Cette doctrine vient d'être résumée par M. Larombière, qui exige, en effet, pour que le contrat soit rescindable,

que le vendeur et l'acheteur soient *tous deux* dans l'erreur sur la qualité substantielle de la chose :

« Nous supposons, dit le savant magistrat, que la qualité de la chose a été formellement visée, garantie et promise ; *ce n'est, en effet, que par sa prise en considération expresse qu'elle devient substantielle*.... Si donc les parties, s'arrêtant seulement à son identité extérieure, prennent la chose telle qu'elle leur apparaît, peu importe ensuite que leur attente soit trompée par une qualité absente ou méconnue ; comme elle n'est pas entrée dans les prévisions expresses du contrat, l'erreur qui tombe sur elle est indifférente. Qu'un amateur, par exemple, achète, sciemment ou non, mais sans dol, un tableau du Corrége, ou des monnaies antiques, exposés en vente comme croûte ou comme lingots, peu importe l'erreur du vendeur. Tant pis pour lui, s'il n'a pas connu les qualités qui rehaussaient le prix de sa chose; il est lésé sans doute; mais le vice de lésion est le seul qui se rencontre dans le contrat; et comme, à raison de leur valeur arbitraire et variable, la lésion n'est pas une cause de nullité dans les ventes de choses mobilières, quelque lésionnaire qu'il soit, le contrat est tout de même maintenu. Par les mêmes raisons, si l'acheteur se trompait sur la qualité de la chose, il ne pourrait non plus revenir contre la convention, à défaut de prévisions expresses de sa part et de promesse formelle de garantie de la part du vendeur, touchant la qualité supposée... » (T. I, art. 1110, n° 3; comp. Douai, 27 mars 1846, Biendar, Dev., 1846, II, 502; Tribun. civ. de la Seine, 28 janvier 1848, Durand-Ruel, Dev., 1848, II, 99; Toullier, t. IV, n° 55; Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. II, p. 16; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 300; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 15).

101. — Ces arguments sont graves sans doute; et on pourrait ajouter que cette erreur unilatérale de l'une des parties, et non communiquée, *in mente retenta*, ne saurait, sans injustice, devenir une cause de nullité de

contrat, qui, de la part de l'autre partie, réunit toutes les conditions requises pour sa validité.

Nous n'en croyons pas moins pourtant que cette doctrine n'est pas conforme aux principes, et qu'il faut, au contraire, décider que le contrat sera rescindable pour cause d'erreur dans le consentement de l'acheteur sur la qualité substantielle de la chose :

1° Le consentement, qui est nécessaire dans les conventions, est évidemment celui de l'une et de l'autre des parties (art. 1108; *supra,* n° 45);

Or, aux termes de l'article 1109, il n'y a pas de consentement, si le consentement a été donné par erreur;

Donc, la convention est rescindable, si, en effet, le consentement, soit de l'une, soit de l'autre des parties, est entaché d'erreur.

Bien loin que nos textes exigent que l'erreur soit commune et réciproque, il en résulte formellement qu'il suffit qu'elle soit particulière et individuelle.

2° Cela est d'évidence, en ce qui concerne la violence ou le dol; et on ne saurait, dès lors, admettre une autre règle, en ce qui concerne l'erreur, puisque c'est le même article qui exprime à la fois, et dans les mêmes termes, ces trois vices du consentement.

Aussi l'article 1110, dans sa première partie, dispose-t-il, d'une manière absolue, et sans condition de réciprocité, que l'erreur sur la substance de la chose est une cause de nullité de la convention.

3° La preuve décisive, suivant nous, en résulte aussi de la seconde partie de cet article, qui dispose que l'erreur sur la personne est une cause de nullité, lorsque la considération de cette personne est la cause principale de la convention.

Car il est manifeste que, à moins d'un concours de circonstances tout à fait étranges, et qu'on ne peut guère supposer, l'erreur sur la personne ne saurait être commune!

Je me présente chez un peintre que je crois être tel

artiste de grand renom, qui m'a été indiqué; et il est convenu qu'il fera mon portrait moyennant tel prix.

Mais je me suis trompé; le peintre à qui j'ai confié le soin de faire mon portrait, n'est qu'un artiste obscur et sans talent!

Le contrat sera-t-il rescindable pour cause d'erreur sur la personne?

Assurément! c'est l'exemple même que nous fournit Pothier (*infra*, n° 112).

Et pourtant, le peintre, dans cette hypothèse, pourrait me faire les mêmes objections que me fait mon vendeur : que le contrat réunit, quant à lui, toutes les conditions de validité; qu'il n'a commis aucun dol; — que j'aurais dû m'informer, ou tout au moins m'expliquer; — qu'il ne saurait être victime de ma légèreté et de mon imprudence; — et que, à supposer que le prix convenu soit excessif, la lésion n'est pas une cause de nullité des conventions.

Ce sont bien là, en effet, les arguments du vendeur, dans notre hypothèse.

Or, il est certain qu'ils n'empêcheraient pas que ma convention avec le peintre fût rescindable pour cause d'erreur de mon consentement sur sa personne;

Donc, cet argument ne saurait empêcher, non plus, que ma convention avec le vendeur soit rescindable pour cause d'erreur de mon consentement sur la substance de la chose.

Les deux solutions sont, en effet, inséparables; et elles dérivent nécessairement du même principe! (Comp. Marcadé, art. 1110, n° 111; Colmet de Santerre, t. V, n° 16 *bis*, IV.)

102. — Que cette doctrine puisse offrir, dans la pratique, des inconvénients graves, c'est ce que nous ne voulons pas nier, et même, nous aurions compris philosophiquement, que le législateur refusât de la consacrer et qu'il ne voulût pas voir une cause de nullité du

contrat dans l'erreur unilatérale de l'une des parties, qui, pouvant s'expliquer, a négligé de le faire, et de qui on pourrait dire qu'elle a, jusqu'à un certain point, induit ainsi elle-même l'autre partie en erreur.

Nous ajouterons, toutefois, deux observations qui sont de nature à tempérer beaucoup ce que la doctrine, admise par notre Code, pourrait avoir de rigoureux dans l'application :

1° C'est d'abord que cette erreur individuelle de l'une des parties et non communiquée par elle à l'autre partie, *in mente retenta*, sera très-difficile à prouver, et par conséquent très-difficilement admise, surtout si elle paraissait grossière...... *nec stultis solere succurri*, dit Paul, *sed errantibus!* (L. 9, § 5, ff., *de juris et facti ignor.*)

Ce que l'on admettra le plus souvent, en cas pareil, c'est que les parties qui traitent, sans aucune explication, de part ni d'autre, sur un objet déterminé, vu et apprécié par elles, entendent, en effet, à tout événement, traiter sur cet objet tel qu'il leur apparaît dans son identité extérieure et visible! (Comp. *supra*, n° 98.)

103. — 2° C'est ensuite que, dans le cas où la rescision du contrat serait prononcée pour cause d'une erreur de ce genre, celle des parties qui y aurait donné lieu, devrait être condamnée à des dommages-intérêts envers l'autre partie, si celle-ci en éprouvait un préjudice.

Je vous vends un candélabre qui est en cuivre argenté, et que, par une erreur dont vous ne me dites rien, vous croyez être en argent.

Et puis, voilà que deux ou trois mois après, ou plus encore, vous demandez la rescision de notre contrat, parce que vous prouvez que vous avez été dans l'erreur sur la substance de la chose.

A la bonne heure!

Mais je pourrai, de mon côté, vous répondre qu'il faut m'indemniser de tout le préjudice que ce contrat a pu m'occasionner; cette indemnité pourra même être égale

au profit que j'aurais retiré de notre contrat lui-même, si je prouve que vous m'avez fait manquer une autre occasion de vente.

De même qu'il n'est pas douteux, dans l'exemple cité plus haut (n° 101), que le peintre, sur la personne de qui je me suis trompé, aurait droit à des dommages-intérêts pour son travail et pour ses fournitures, s'il avait fait ou même seulement commencé le portrait que je lui avais commandé.

Serait-ce en vertu de notre contrat, que le vendeur ou le peintre pourrait demander, contre moi, ces dommages-intérêts ?

Non pas, sans doute, puisque ce contrat était annulable et qu'il a été, nous le supposons, annulé.

Mais ils pourraient les demander en vertu de l'article 1382, d'après lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

D'où il suit, d'abord, qu'il faut éprouver, en effet, un dommage par la rescision du contrat, pour avoir droit à une réparation, et ensuite, que la mesure de cette réparation est déterminée par l'étendue du dommage que la partie éprouve, et qui doit être estimé, en fait, d'après une enquête ou une expertise, s'il y a lieu, sans que l'on doive tenir compte du prix stipulé dans la convention, puisque cette convention est annulée! (Comp. Pothier, n° 19; Delvincourt, t. II, p. 676; Toullier, t. III, n° 43; Duranton, t. X, n° 119; Colmet de Santerre, t. V, n° 16 *bis*, IV; Larombière, t. I, art. 1110, n° 12.)

104. — L'exemple, que nous avons toujours présenté dans les explications qui précèdent, est celui d'un contrat de vente, en supposant que l'erreur est du côté de l'acheteur.

C'est l'exemple que proposait Pothier, dans l'ancien droit, et que la plupart des auteurs ont aussi proposé dans le droit nouveau.

Mais la théorie de l'erreur, dans les conventions, n'est pas, bien entendu, restreinte à cette hypothèse! elle est générale; et il faut évidemment l'appliquer à tous les contrats, soit synallagmatiques, soit unilatéraux, et de quelque côté que l'erreur se rencontre.

Ainsi, d'abord, en conservant notre exemple du contrat de vente, supposons que c'est le vendeur qui est dans l'erreur sur la substance de la chose.

Croyant vous vendre un tableau d'un peintre sans nom, c'est un Rubens que je vous vends; ou bien je vous vends des candélabres en argent, croyant vous vendre des candélabres en cuivre argenté.

Voilà une erreur sur la substance qui vicierait le consentement de l'acheteur, si elle se trouvait de son côté (*supra*, nos 89 et 90).

Pourquoi ne vicierait-elle pas le consentement du vendeur, si c'est de son côté qu'elle se trouve?

Il n'y aurait, ni en droit, ni en équité, aucun motif possible de cette différence! (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 16 *bis*, V; Larombière, t. I, art. 1110, n° 3.)

Objectera-t-on que l'erreur de l'acheteur tombe sur l'objet de l'obligation du vendeur; tandis que l'erreur du vendeur tombe sur l'objet de sa propre obligation?

Il est vrai; mais qu'importe! et n'est-ce même *a fortiori* que la rescision doit être admise dans ce dernier cas?

Cela nous paraît incontestable!

105. — Il faut convenir, toutefois, que la formule de notre article 1110 n'est pas, à ce point de vue, tout à fait correcte.

Cet article dispose que l'erreur n'est une cause de nullité *de la convention* que lorsqu'elle porte sur la substance *de la chose qui en est l'objet*, c'est-à-dire *de la chose qui est l'objet de la convention*; or, dans une convention synallagmatique, il y a autant d'objets qu'il y a d'obligations; ainsi, dans le contrat de vente, où la chose est l'objet de l'obligation du vendeur, et où le *prix* est

l'objet de l'obligation de l'acheteur; ainsi, dans le contrat d'échange, où l'on trouve deux choses, qui sont réciproquement l'objet de l'obligation de chacun des copermutants.

Ce que le texte de l'article 1110 aurait donc dû exprimer, pour être exactement rédigé, c'est que l'erreur est une cause de nullité, lorsqu'elle tombe *sur l'une ou sur l'autre des choses*, qui sont l'objet de la convention.

Mais, d'ailleurs, cette imperfection de la formule ne saurait élever aucun doute sur la vérité de notre règle; et il faut tenir pour certain que, dans les contrats synallagmatiques, l'erreur sur la substance de la chose qui fait l'un des objets de la convention, est une cause de nullité, sans qu'il y ait lieu de distinguer si c'est sur l'objet de sa propre obligation que l'une des parties est dans l'erreur ou si c'est sur l'objet de l'obligation de l'autre partie.

C'est ainsi que le contrat de société serait annulable, si l'un des associés était dans l'erreur sur la substance de la chose, qui est l'objet, soit de son obligation à lui-même, soit de l'obligation de son associé.

Pareillement une transaction peut-être rescindée, lorsqu'il y a erreur *sur l'objet de la contestation* (art. 2053).

106. — Est-il maintenant besoin de dire que l'erreur sur la substance de la chose est également une cause de nullité dans les contrats unilatéraux?

Je vous donne ou je vous prête un tableau original, croyant vous donner ou vous prêter seulement une copie.

Ou bien c'est un objet d'art précieux que je vous prête ou que je vous donne, croyant vous prêter ou vous donner un meuble vulgaire.

Nul doute que la donation ou le commodat soient rescindables pour cette erreur de mon consentement sur la substance de la chose qui en est l'objet.

107. — Nous ne saurions quitter cette théorie de l'erreur sur la substance de la chose, sans rappeler la théorie

des vices redhibitoires, qui a pour base aussi l'erreur de l'une des parties relativement à la chose, qui est l'objet du contrat.

Il n'est pas sans intérêt de montrer par quels côtés ces deux théories diffèrent l'une de l'autre, et quels sont en même temps leurs points de ressemblance.

Quant à la différence qui les sépare, au point de vue des principes, elle est capitale !

Ce qui constitue, avons-nous dit, l'erreur sur la substance de la chose, d'après l'article 1110, c'est qu'elle tombe sur une qualité dont l'absence dénature, en effet, la substance même de cette chose, et fait qu'elle est une chose autre que celle sur laquelle les parties ont voulu contracter, *aliud pro alio*. D'où il suit que les qualités accidentelles, les simples *défauts* ou *vices* de la chose, qui ne la dénaturent pas et qui n'empêchent pas qu'elle ait toujours la même individualité et le même nom *substantif*, ne constituent pas une erreur susceptible de faire rescinder la convention. Nulle chose n'est parfaite ! il y a plus ou moins, toujours, même dans les meilleures, des vices ou des défauts ! c'est à l'acheteur d'examiner et de vérifier; le vendeur n'est pas tenu de les lui faire connaître. Qui sait, d'ailleurs, si ce qui est défaut pour l'un, ne sera pas qualité pour l'autre; les goûts sont différents, et les besoins aussi !

Donc, l'erreur sur les simples vices ou défauts de la chose, fussent-ils même cachés, n'est pas une cause de nullité du contrat.

Telle est la règle.

Mais au contraire, par exception, ces vices ou défauts deviennent, dans certaines conventions, une cause de nullité, lorsqu'ils sont, comme on dit, redhibitoires. (art. 1641 à 1649; Loi du 20 mai 1838).

Et ils sont redhibitoires, *lorsqu'ils rendent la chose vendue impropre à l'usage auquel on la destinait, ou qu'ils diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou*

n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

Ces termes de l'article 1641 sont remarquables ; en même temps qu'ils créent l'exception, ils l'expliquent; et on peut dire que l'explication qu'ils en donnent, ramène, à certains égards, l'exception elle-même dans la règle !

C'est que, en effet, la règle, en droit, est que les choses sont qualifiées, non pas d'après les éléments physiques qui les constituent, mais surtout eu égard à la fonction qu'elles remplissent dans l'ordre des besoins de l'homme, et à l'usage auquel elles sont destinées (comp. notre *Traité de la distinction des biens*, etc., t. I, n° 18).

De sorte qu'une chose, qui est atteinte d'un vice tel *qu'il la rend impropre à l'usage auquel on la destine*, peut être, dans la science juridique, considérée comme n'étant pas la chose même, que la partie trompée avait en vue, encore que ce vice n'ait pas pour résultat d'en dénaturer la substance.

En résumé donc, la théorie des vices redhibitoires, dans les articles 1641 et suivants, repose philosophiquement sur la même base que la théorie de l'erreur sur la substance, dans l'article 1110, en tant qu'elle s'attache à l'usage auquel la chose est destinée.

Mais elle est une extension de cette théorie, en tant qu'elle admet la rescision du contrat pour de simples vices qui ne dénaturent pas la substance même de la chose, et qui n'en sont que des qualités accidentelles.

Et ce qui prouve que ces deux théories, malgré l'affinité qui existe entre elles, sont néanmoins différentes, c'est que le délai pour intenter l'action résultant des vices redhibitoires n'est pas le même que le délai pour intenter l'action résultant de l'erreur sur la substance. (Comp. art. 1304, 1648; loi du 28 mai 1838, art. 3; Cass. 16 nov. 1853, Dando, Dev. 1853, I, 673.)

On peut ajouter que, aux termes de l'article 1649, l'action résultant des vices redhibitoires, n'a pas lieu dans

les ventes faites par autorité de justice, et qu'il n'existe aucun texte semblable, en ce qui concerne l'action résultant de l'erreur sur la substance. (Comp. Larombière, t. I, art. 1110, n° 5.)

108. — 2° La seconde espèce d'erreur, dont l'article 1110 s'occupe, est celle qui tombe sur la personne avec laquelle on a intention de contracter;

Et cet article dispose qu'elle n'est point une cause de nullité, *à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.*

Pothier avait employé une formule moins précise :

« Toutes les fois, disait-il, que la considération de la personne, avec qui je veux contracter, *entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire*, l'erreur sur la personne détruit mon consentement, et rend, par conséquent, la convention nulle. »

Et il ajoutait que:

« Au contraire, lorsque la considération de la personne, avec qui je croyais contracter, *n'est entrée pour rien dans le contrat*,... le contrat doit être valable » (n° 20).

Les termes différents et plus rigoureux, dont notre Code s'est servi, nous paraissent préférables.

L'erreur sur la personne ne doit être, en effet, de même que l'erreur sur la chose, une cause de nullité du contrat, qu'autant qu'elle est *principale*, c'est-à-dire, déterminante et décisive; de sorte que la partie n'aurait pas contracté, si elle n'avait pas été dans cette erreur.

A ce point de vue, qui est le vrai, c'est la même règle qui gouverne l'erreur sur la personne et l'erreur sur la chose; en ce sens qu'il faut que l'une, comme l'autre, ait déterminé le consentement de la partie (comp. *supra,* n° 88).

109. — Telle est la règle, que l'article 1110 décrète.

Mais il s'en tient là ; et il n'explique pas à quels signes, à quels indices il faudra reconnaître que la considération de la personne a été la cause principale de la convention.

D'où l'on doit conclure que l'appréciation de ce carac-

tère de personnalité, dans les contrats, constitue une question de fait, qu'il appartient aux magistrats de décider, dans chaque espèce, suivant les circonstances particulières.

Cette conclusion nous paraît d'autant plus certaine, que le législateur ne pouvait guère, en effet, prévoir toutes les variétés des applications, sous lesquelles le principe posé par lui serait susceptible de se produire.

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que cette appréciation, qui est dans le domaine du fait, ne soit pas elle-même soumise, en droit, à l'empire de certaines règles; et, tout au contraire, nous croyons que les magistrats auxquels elle appartient, doivent prendre principalement en considération les deux éléments que voici :

D'une part, la nature de la convention;

Et, d'autrepart, les circonstances qui y ont donné lieu.

Les principes généraux et le bon sens témoignent, en effet, que ce sont là les deux raisons de décider en cette matière; et on ne saurait douter que le législateur lui-même, par son silence, s'y est référé tacitement.

110. — Il faudra donc, d'abord, tenir compte de la nature de la convention, pour voir si la considération de la personne y est prédominante.

Nous ne parlons pas du mariage, qui est régi par des principes particuliers, et dans lequel la considération de la personne est tellement déterminante que c'est la personne elle-même qui est, en quelque sorte, l'objet du contrat (art. 180; comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps,* t. II, n°s 251 et suiv.).

111. — Mais, en nous renfermant dans notre matière, on voit de suite apparaître la distinction entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux (comp. *supra,* n° 24).

Il est évident, en effet, que la considération de la personne est principale et déterminante dans les premiers :

Non-seulement dans les donations entre-vifs propre-

ment dites (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 207);

Mais encore dans tous les contrats dits de bienfaisance, qui sont inspirés, de part et d'autre, par des sentiments évidemment personnels, de confiance et d'amitié, de bienveillance et de dévouement, tels que le dépôt, le commodat, le prêt gratuit, le mandat, le cautionnement.

Est-ce que, par exemple, ce n'est pas en considération de la personne du dépositaire ou du mandataire, que le déposant ou le mandant confie le dépôt ou le mandat? et, réciproquement, le dépositaire ou le mandataire ne prend-il pas en considération la personne du déposant ou du mandant auquel il veut rendre ce bon office?

Évidemment oui!

Et, par conséquent, s'il y a erreur sur la personne, soit d'un côté, soit de l'autre, le contrat sera presque toujours rescindable.

Nous disons presque toujours; car il faudrait supposer des circonstances tout à fait exceptionnelles pour qu'il n'en fût pas ainsi (comp. art. 1879, 2003).

Le contrat sera rescindable, sauf, bien entendu, l'obligation à la charge de la partie qui aurait commis cette erreur, d'indemniser l'autre partie du préjudice qu'elle aurait pu lui causer; ce qui est un principe général dans cette matière (comp. *supra*, n° 103; Pothier, n° 19; Larombière, t. II, art. 1110, n° 13).

112. — Quant aux contrats à titre onéreux, il faut sous-distinguer entre ceux dans lesquels le talent, l'industrie, l'aptitude, enfin, de la personne et même aussi sa réputation ou son crédit, sont pris, d'ordinaire, principalement en considération, et ceux qui ne supposent, au contraire, en général, aucune considération de ce genre.

Dans la première classe se trouvent surtout les contrats qui produisent des obligations de faire; et il est facile de comprendre que l'erreur sur la personne devra

souvent y être une cause de nullité (art. 1237); comme si, par une similitude de noms, ou par toute autre circonstance, je me suis trompé sur la personne d'un artiste, d'un statuaire ou d'un peintre, auquel j'ai demandé une œuvre d'art.

Pothier cite ce dernier exemple :

« Si, dit-il, voulant faire faire un tableau par *Natoire*, je fais marché, pour faire ce tableau, avec Jacques, que je prends pour Natoire, le marché est nul faute de consentement de ma part; car je n'ai pas voulu faire faire un tableau par Jacques, mais par Natoire; la considération de la personne de *Natoire* et de sa réputation entrait dans le marché que je voulais faire » (n° 19 ; voy., pour l'explication de cet exemple, *les Recherches historiques et biographiques sur Pothier*, par M. Frémont, conseiller à la cour impériale d'Orléans).

113. — Ce serait encore généralement une erreur d'où résulterait une action en nullité du contrat, que celle qui tomberait sur la personne d'un architecte ou d'un entrepreneur, avec lequel j'aurais traité sur un édifice ou quelque autre travail à construire (arg. de l'art. 1795).

114. — De même, dans un contrat de société, si l'erreur tombait sur la personne de l'un des associés ; car c'est particulièrement dans cette espèce de contrat que l'on prend en considération la qualité personnelle des contractants, leur probité, leur réputation, leur industrie, leur solvabilité, leur caractère même et leurs habitudes.

Duranton, qui admet cette solution, en excepte, toutefois, les sociétés en participation, dans lesquelles, suivant lui, ces considérations sont ordinairement moins importantes (t. X, n° 121).

Cela peut être vrai dans une certaine mesure, à raison du caractère particulier et assez inderminé, parfois, des associations en participation ; et encore n'admettrions-nous l'exception que sous cette réserve, que le savant au-

teur y ajoute, d'ailleurs, lui-même, que *cela dépendra beaucoup des circonstances de l'affaire.*

Nous aimerions donc mieux excepter, en thèse générale, le cas où l'associé sur la personne duquel l'erreur aurait porté, ne devrait jouer, dans la société, que le rôle d'un simple bailleur de fonds, qui, sa mise une fois versée, n'aurait plus rien à faire (comp., Colmet de Santerre, t. V, n° 17 *bis*, I; Larombière, t. I, art. 1110, n° 14).

115. — La solution que nous venons d'appliquer au contrat de société, devrait être appliquée aussi, par les mêmes motifs, au colonat partiaire, qui est lui-même une sorte de contrat de société (comp., L. 25, § 6, ff. *locati;* L. 53, § 3, ff. *Pro socio;* art. 1818; ajout. Guy-Coquille, Quest. ccv, sur les *Coutumes*).

L'erreur du maître sur la personne du métayer devrait donc être, en général, une cause de nullité.

Nous disons l'erreur du maître sur la personne du métayer; car l'erreur du métayer sur la personne du maître n'aurait pas, au contraire, généralement le même caractère de gravité.

116. — Nous dirions même du fermier ordinaire ce que nous venons de dire du métayer; et notre avis est, en effet, que l'erreur du propriétaire sur la personne du fermier, devrait être généralement considérée comme une cause de nullité du contrat de bail.

Tant vaut l'homme, tant vaut la terre!

Cette vérité est surtout incontestable aujourd'hui, depuis les merveilleux progrès de l'industrie agricole.

117. — Quant aux contrats qui produisent de ces obligations de faire, dans lesquelles, en général, on ne considère pas principalement l'industrie de l'exécutant, il faut les ranger dans la seconde classe que nous avons indiquée (*supra*, n° 112); et l'erreur sur la personne n'y est pas, en thèse ordinaire, une cause de nullité.

J'ai fait, avec Paul, un contrat de louage d'ouvrage,

qui consiste à creuser des fossés, ou à opérer des travaux de desséchement ou de terrassement.

Et j'ai pris Paul pour Pierre !

Mais que m'importe, en général, par qui ce travail purement matériel sera fait !

Ou encore, qu'importe que je me sois trompé sur la personne de celui avec qui j'ai conclu un contrat de transport pour des personnes ou pour des marchandises !

118. — A plus forte raison, en est-il ainsi dans les contrats, qui produisent une obligation de livrer une chose (comp., art. 1136-1137).

J'achète une maison de Paul, croyant l'acheter de Pierre.

Ou, en sens inverse, c'est à Pierre que je la vends, croyant la vendre à Paul.

Cette erreur sur la personne, soit de l'acheteur, soit du vendeur, sera généralement indifférente; car, en ces sortes de contrats, on pourrait presque dire que c'est avec la chose elle-même que l'on traite, plutôt qu'avec la personne; ou du moins, est-ce la chose elle-même que l'on a principalement en vue, et qui est la cause déterminante des contrats.

119. — On a pu voir, par les explications qui précèdent, le soin que nous avons toujours mis à nous garder des solutions absolues, et que nous avons, au contraire, réservé, dans tous les contrats, les circonstances dans lesquelles se produit l'erreur sur la personne.

C'est qu'en effet, ainsi que nous l'avons dit, tels sont, en cette matière, les deux éléments inséparables de la solution : la nature du contrat et les circonstances particulières du fait (*supra*, n° 109).

Ajoutons, outre les circonstances que nous avons déjà mentionnées, qu'il pourrait y avoir lieu de tenir compte de la bonne foi de la partie, sur la personne de laquelle l'autre partie se serait trompée; et aussi du point de sa-

voir si cette partie, quoique n'étant pas la personne avec laquelle l'autre a entendu contracter, n'offre pas, néanmoins, les mêmes garanties de solvabilité ou autres que cette personne.

120. — Cette doctrine est, suivant nous, générale; et elle comprend tous les contrats, dans lesquels peut se produire la question d'erreur sur la personne.

Nous devons dire, pourtant, que d'après quelques jurisconsultes, il faudrait en excepter la transaction.

Aux termes de l'article 2053 :

« Une transaction peut être rescindée, *lorsqu'il y a* « *erreur sur la personne* ou sur l'objet de la contestation.

« Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou « violence. »

De ce texte, Duranton conclut que : « *le magistrat n'a pas ce pouvoir discrétionnaire dans le cas de transaction, pas plus*, dit-il, *que dans le cas de mariage. Dès qu'il y a eu erreur sur la personne, et que cette erreur est établie en fait, il ne peut plus se dispenser de prononcer la nullité, parce que, dans ce cas, la loi la prononce elle-même;... et, en conséquence, s'il maintenait le contrat comme valable, sa décision serait nécessairement réformée par la Cour suprême, si elle lui était déférée...* » (t. X, n° 124; ajout. Troplong, *des Transactions*, art. 2053, n° 143).

Mais nous croyons que l'article 2053, loin d'avoir rien de spécial, ne fait que se référer à la règle générale, telle qu'elle est établie par l'article 1110, dont il n'est lui-même qu'un cas d'application :

1° D'abord, en raison, cette interprétation est certainement la meilleure!

Comment! on veut que notre Code ait décidé, toujours, *a priori*, que la transaction est faite principalement en considération de la personne, et qu'il ait décrété, en ce sens, une présomption légale *juris et de jure!*

Mais cette présomption ne serait nullement conforme à la vérité des faits, ni à l'expérience!

Sans méconnaître qu'il peut arriver et que parfois, en effet, il arrive qu'une partie est déterminée à transiger, en considération de circonstances personnelles de parenté, d'amitié, de reconnaissance ou autres, qui lui font souhaiter d'éviter un procès avec l'autre partie ;

Il faut ajouter que la transaction peut encore être déterminée par d'autres considérations, par l'incertitude du droit et par la crainte d'un insuccès, par amour de la paix et du repos ; ce sont même là les considérations principales, qui, généralement, déterminent la transaction... *id quod plerumque fit;* et il faudrait que le texte fût bien formel pour admettre qu'il a méconnu cette incontestable vérité d'observation !

2° L'article 2053 a-t-il ce caractère ?

Nullement, à notre avis.

Cet article pose seulement le principe que la transaction peut être rescindée *pour cause d'erreur dans la personne.*

Mais dans quels cas y aura-t-il erreur dans la personne ?

Il ne l'explique pas ; pas plus qu'il n'explique dans quels cas il y aura erreur *sur l'objet de la contestation*, ou quels devront être les caractères du *dol ou de la violence*, qu'il admet aussi comme des causes de rescision de la transaction.

Or, on ne saurait nier que, relativement à l'erreur sur l'objet de la contestation, de même que, relativement aux vices de dol ou de violence, l'article 2053 se réfère, par son silence, aux règles générales établies, dans notre titre, par les articles 1109 et suivants.

Donc, il faut conclure qu'il s'y réfère de même, relativement à l'erreur sur la personne, puisque c'est par le même article, et dans les mêmes termes qu'il s'en occupe.

Cette conclusion nous paraît logique et tout à fait raisonnable (comp. Larombière, t. I, art. 1110, n° 18 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 17 *bis*, II).

121. — L'erreur, dont nous avons parlé jusqu'à présent, est celle qui tombe sur l'identité même de la personne, nous pourrions presque dire, *in ipso corpore!* elle vient de la confusion qu'une partie a faite de la personne de son co-contractant avec une autre personne, qui existe réellement; j'ai cru faussement que *Pierre* était *Paul*, qui existe en effet (comp. *supra*, n° 112).

Mais il est possible que l'erreur tombe aussi sur la qualité du contractant, sans confusion, d'ailleurs, de la personne de celui-ci avec une autre personne.

C'est bien avec Pierre lui-même individuellement, que je veux contracter.

Mais je me trompe sur une qualité, que, dans ma croyance erronée, j'attribue à Pierre, et qui ne lui appartient pas.

Cette erreur peut-elle être une cause de nullité du contrat?

Assurément! si elle tombe, pouvons-nous dire encore, *sur une qualité substantielle* de la personne, ou, en d'autres termes, sur une qualité qui, dans ma pensée, était essentiellement distinctive de cette personne, et que j'avais principalement en vue dans le contrat que j'ai fait avec elle.

Il en est, en effet, dans la science du droit, des personnes comme des choses; ce n'est pas seulement leur identité matérielle qui les individualise; c'est aussi et bien mieux encore! leur identité morale et juridique! (Comp. *supra*, n° 89.)

Or, la qualité substantielle de la personne, sur laquelle l'erreur est tombée, peut être naturelle ou civile.

Je contracte avec Paul, croyant faussement qu'il est mon neveu; si cette qualité naturelle a été, en effet, la cause déterminante de mon consentement, le contrat sera rescindable;

Comme il le serait, si j'avais contracté avec Paul, parce que je le croyais faussement héritier de Pierre, dans la

succession de laquelle je trouvais une prétention litigieuse contre moi (comp. L. 3, § 2, ff. *de Transactionibus*).

Dans l'un comme dans l'autre cas, la personne avec laquelle j'ai contracté, quoique physiquement la même que celle avec laquelle j'ai voulu, en effet, contracter, n'est pas, au contraire, la même, naturellement ou civilement; et je n'aurais pas fait ce contrat, si j'avais su soit que Paul n'était pas mon neveu, soit qu'il n'était pas héritier de Pierre.

Donc, mon erreur, qui tombait sur la qualité substantielle qui individualisait la personne, tombait sur la personne elle-même; et il est vrai de dire que j'ai pris une personne pour une autre..... *alium pro alio* (Comp. *supra*, n° 88; Toullier, t. III, n° 54; Duranton, t. X, n° 126; Larombière, t. I, art. 1110, n°s 20 et 21; Colmet de Santerre, t. V, n° 17 *bis*, II.)

122. — On a remarqué que l'erreur sur le nom de la personne n'est pas une cause de nullité du contrat, lorsque, d'ailleurs, elle ne tombe pas sur la personne ellemême!

Cela est d'évidence, pour les choses comme pour les personnes!... *nihil enim facit error nominis, cum de corpore constet* (l. 9, § I, ff. *de contrah. empt.;* Duranton, t. X, n°s 115 et 125; Larombière, t. I, art. 1110, n° 19; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 111).

123. — Tels sont les deux cas d'erreur que l'article 1110 a prévus (*supra*, n° 85).

Nous venons d'exposer les caractères que l'erreur soit sur la chose, soit sur la personne, doit présenter, pour être, d'après cet article, une cause de nullité du contrat.

Ajoutons que, lors même qu'elle ne réunirait pas ces caractères, l'erreur pourrait être néanmoins une cause de nullité, si elle provenait du dol de l'un des contractants (art. 1116; *supra*, n° 99).

124. — Mais il est encore, avons-nous dit, d'autres cas d'erreur, sur lesquels notre Code a gardé le silence (*supra*, n° 85), et dont quelques-uns pourtant peuvent exercer une décisive influence sur le sort du contrat.

3° C'est ainsi que nous avons déjà remarqué que l'erreur sur l'identité même de la chose, *in ipso corpore*, est une *erreur obstacle*, qui empêche même le contrat de se former (*supra*, n° 86).

125. — 4° Il faut en dire autant de l'erreur sur la nature du contrat ou de l'opération que les parties se proposaient de faire.

J'ai cru vous vendre ma maison;

Et vous avez cru la louer!

Il n'y a ni vente, ni louage.

Nos volontés ne s'étant pas rencontrées, le *consentement* fait absolument défaut! (Comp. *supra*, n° 52; l. 57, ff. *de obligat. et act.;* Demante et Colmet de Santerre, t. V, n°s 16 et 16 *bis*, I; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 555; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 113.)

126. — 5° Quant à l'erreur sur la cause, elle peut être de deux sortes et présenter deux caractères différents :

Suppose-t-on qu'elle tombe sur l'existence de la cause? il faut répondre qu'elle est aussi, dans ce cas, *une erreur obstacle*, et que la convention est nulle et non pas seulement annulable (arg. de l'art. 1131).

Mais si, au contraire, l'erreur tombe seulement sur l'efficacité juridique d'une cause qui, d'ailleurs, existe réellement en fait, elle n'est qu'une *erreur nullité;* et la convention est seulement rescindable et non pas nulle; comme si je m'engageais à payer, par voie de novation, une dette naturelle, dans la croyance erronée qu'elle était civilement obligatoire (comp. art. 1235).

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau (t. III, p. 210), ont bien mis en relief cette distinction, qui n'est pas toujours exactement observée dans les autres livres,

de doctrine (comp. Duranton, t. X, n° 111; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n°s 16 et 16 *bis*).

127. — 6° Nous verrons plus bas qu'il ne faut pas confondre avec l'erreur sur *la cause*, l'erreur sur *les motifs* qui portent une partie à contracter.

Cette dernière sorte d'erreur n'est pas, en effet, et ne saurait être une cause de nullité du contrat.

128. — 7° L'erreur peut tomber aussi sur la valeur de la chose qui fait l'objet du contrat.

Mais alors elle se confond avec la lésion, c'est-à-dire avec un autre vice du consentement, dont notre Code s'est occupé en particulier et que nous allons examiner bientôt (art. 1118).

129. — Nous n'avons fait, dans les développements que nous venons de consacrer à l'erreur dans les contrats, aucune distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.

C'est que, effectivement, au point de vue sous lequel nous avions à examiner l'erreur, aucune distinction ne doit être faite.

Aussi, le texte de l'article 1110 est-il absolu; et ses termes comprennent évidemment toute espèce d'erreur, soit de fait, soit de droit, dès que l'erreur se trouve dans les conditions que nous avons exposées, c'est-à-dire dès qu'il en résulte que la convention n'a pas d'objet; d'où il suit qu'elle n'a non plus de cause!

Ce n'est pas ici, d'ailleurs, le moment de s'arrêter à la théorie de l'erreur de droit.

Nous nous réservons de la présenter, avec les développements qu'elle comporte, dans le titre IV, où elle se place plus naturellement (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 402; Cass., 19 déc. 1865, Salguès, Dev., 1866, I, 301; de Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, *Appendice*, n° 8; Toullier, t. III, n°s 71 et suiv.; Duranton, t. X, n° 127; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 554; D. *Rec. alphab.*, v° *Obligations*, n° 144; Larombière, t. I, art. 1110, n° 22).

130. — Nous ferons, enfin, une dernière observation: C'est que l'erreur étant, d'après nos textes mêmes, une cause de nullité ou de rescision du contrat, il faut en conclure qu'elle réagit contre les tiers, du moins en ce qui concerne les immeubles, et que la partie qui a obtenu la nullité du contrat pour cette cause, peut, en conséquence, faire valoir cette nullité contre les tiers auxquels l'autre partie aurait concédé des droits sur la chose qui en faisait l'objet.

Qu'il nous suffise de mentionner cet effet de la rescision, qui sera plus tard l'objet d'explications spéciales (art. 1117, 1304, 1338, 2125, 2182.)

II.

De la violence.

SOMMAIRE.

131. — Division.
132. — *a*. — Ce que c'est que la violence? — Et quels doivent en être les caractères. — De la violence matérielle.
133. — De la violence morale.
134. — Suite. — Quels doivent être les caractères de la violence? — Il faut qu'elle ait pu faire impression sur *une personne raisonnable*. — Quel est le sens de ce mot?
135. — Suite.
136. — Suite.
137. — Suite.
138. — Suite. — Il faut que la violence ait pu inspirer, à celui contre qui elle a été pratiquée, la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.
139. — Suite.
140. — Suite.
141. — Suite.
142. — Suite.
143. — Suite.
144. — Dans le cas même où la violence ne présenterait pas les caractères que l'article 1112 exige, la personne, qui l'aurait subie, pourrait n'être pas destituée de toute action. — Explication.
145. — La violence implique l'idée d'une manœuvre illicite. — Mais il n'est pas nécessaire que cette manœuvre constitue un crime ou un délit réprimé par la loi pénale.
146. — L'emploi régulier des voies de droit ne constitue pas, en principe, un acte de violence.
147. — Suite. — Ne pourrait-il pas arriver pourtant que l'emploi même

131. — Il ne suffit pas que le consentement soit exempt d'erreur.

Il faut aussi qu'il soit libre, c'est-à-dire *qu'il n'ait pas été extorqué par violence* (art. 1109).

Nous avons à examiner, sur ce second vice du consentement :

a. — Ce que c'est que la violence, et quels doivent en en être les caractères;

b. — Contre quelle personne et par quelle personne il faut qu'elle soit exercée;

c. — Quel en est l'effet.

132. — *a.* — L'article 1112 est ainsi conçu :

« Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire im-
« pression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut
« lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa for-
« tune à un mal considérable et présent.

« On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la « condition des personnes. »

La violence, dans le sens juridique de ce mot, exprime l'idée d'une contrainte exercée sur la personne, afin de lui arracher son consentement... *necessitatem impositam contrariam voluntati* (L. 1, princ., ff. *Quod metus causa*).

Cette contrainte peut être matérielle ou morale.

Elle est matérielle, lorsqu'elle agit par la force, qui produit la douleur physique.

Elle est morale, lorsqu'elle agit par la menace, qui produit l'intimidation.

L'une et l'autre de ces violences sont sans doute également destructives de la liberté du consentement; et même la violence matérielle peut être telle, que non-seulement elle soit un vice du consentement, mais qu'elle n'implique, de la part de la personne qui l'a subie, aucune manifestation de volonté.

Que, sous la pression d'une contrainte physique qui me cause une vive douleur, je donne, afin de m'en délivrer, mon consentement à un contrat, ce consentement sera certainement vicieux.

Mais aucun consentement n'existerait même de ma part, si on suppose qu'un bras plus fort que le mien a conduit ma main comme un instrument, pour me faire signer matériellement un acte, malgré ma volonté toujours résistante! (Comp. D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 169.)

135. — Ce n'est pas, toutefois, à cette violence physique, que les dispositions de notre Code se rapportent.

Notre Code, à l'exemple du droit romain et de notre ancien droit français, s'occupe surtout de la violence morale, qui est, en matière de conventions, la plus ordinaire, effectivement, et le plus à redouter dans la pratique de la vie civile.

Or, avons-nous dit, la violence morale procède par la

crainte, qui produit le trouble de l'âme et la défaillance de la volonté.

C'est ce qui explique comment les jurisconsultes romains finirent par ne mentionner que *la crainte* :

« *Ait prætor : Quod metus causa gestum erit, ratum non babebo; olim ita dicebatur : Quod vi metusve causa...; sed postea detracta est vis mentio; ideo quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri dicitur.* » (L. I, ff. *Quod met. causa.*)

Notre Code, au contraire, ne mentionne que *la violence !*

Mais il est clair que, malgré cette différence de terminologie, la pensée des deux législateurs est la même.

La violence est la cause, et la crainte est l'effet; ou plutôt, l'une est le moyen, l'autre est le but.

Nommer l'une, c'est donc nommer l'autre; et quand le législateur français admet *la violence* comme une cause de nullité du contrat, c'est, en effet, sous la condition, qui se trouve même exprimée dans l'article 1112, qu'elle produira *une crainte* de nature à détruire la liberté du consentement.

Nous allons voir, toutefois, que l'expression romaine était plus compréhensive que l'expression française, qui implique seulement l'idée d'un acte humain pratiqué tout exprès pour *extorquer* le consentement (*infra*, n° 150).

134. — Quels doivent être les caractères de la violence?

Les stoïciens de la jurisprudence romaine s'étaient emparés de ce sujet; et ils l'avaient rempli des exagérations de leur doctrine; ils voulaient que la violence fût atroce, *atrox,* et de nature à ébranler les plus fermes courages... *quæ in hominem constantissimum cadat!* (L. 3, § 1, et l. 6, ff. *Quod met. causa.*)

Ces traditions ont, en quelque sorte, pesé sur notre ancienne jurisprudence française; quoique son bon sens et sa bonne foi y résistent, on voit que Pothier en subit l'influence (n° 25).

Et peut-être est-il permis de croire que la rédaction des articles de notre Code n'en est pas elle-même exempte.

Mais les termes en sont certainement plus rigoureux que l'esprit; et ce sera se conformer à la pensée des auteurs de notre Code, que de les interpréter dans un sens plus humain et plus pratique.

135. — Ainsi, d'abord, l'article 1112 exige que la violence, pour être une cause de nullité de la convention, soit de nature à faire impression *sur une personne raisonnable.*

Le motif du législateur révèle le véritable sens de ce mot; ce que veut le législateur, c'est qu'il ne puisse pas y avoir là un prétexte; c'est qu'on ne puisse pas invoquer légèrement de vaines frayeurs, qui n'auraient aucun fondement; c'est, en un mot, que la violence ait été suffisamment caractérisée pour inspirer une crainte sérieuse.

Voilà le but général de ce texte :

Et c'est en ce sens que nous pouvons dire encore :

« *Vani timoris nulla excusatio est...* » (L. 9, § 5, ff. *de jur. et facti ignor.*)

« *Si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per* « *hoc edictum non restituitur.* » (L. 7, ff. *Quod met. causa.*)

136. — Mais supposons que la violence, qui a été exercée sur une personne, lui a causé, en effet, une crainte sérieuse, et qu'il est reconnu qu'elle a détruit la liberté de son consentement?

Pourra-t-on lui objecter néanmoins que cette violence, en soi, n'était pas de nature à faire impression *sur une personne raisonnable*, et qu'elle a eu tort de s'en effrayer?

L'objection serait à la fois inhumaine et illogique, si ce défaut de raison, qu'on lui reproche, provenait d'une infirmité naturelle; car elle destituerait de la protection de la loi précisément les personnes auxquelles cette pro-

tection est le plus nécessaire, et doit être aussi le plus assurée!

Aussi convient-on généralement que la violence, dans ce cas, devrait être une cause de nullité.

Mais quelques-uns ajoutent que, si la personne qui s'est laissée effrayer facilement, n'est pas atteinte d'une infirmité naturelle, la crainte excessive qu'elle a conçue, *constitue, de sa part, une faute qui ne mérite pas d'indulgence* (comp. Demante, t. V, n° 22).

Mais, vraiment, est-ce que l'absence de fermeté et la faiblesse d'esprit ne proviennent pas toujours, plus ou moins, d'une infirmité naturelle, ou du moins d'un vice d'éducation, d'un défaut de culture de l'intelligence, ou d'autres circonstances de la vie, qui ne sont pas imputables à la personne?

Nous le croyons ainsi, et qu'il y aurait plus que de la rigueur dans une doctrine qui n'en voudrait pas tenir compte!

Telle n'est pas la doctrine de notre Code, qui ajoute, au contraire, qu'il faut avoir égard, en cette matière, *à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.*

On conçoit, en effet, que telle menace qui n'intimiderait pas un jeune homme, inspire une crainte sérieuse à un vieillard; qu'une femme soit plus facilement effrayée qu'un homme; et qu'il y ait lieu aussi, dans tous les cas, de s'enquérir de la profession, du genre d'éducation, du tempérament, du caractère et des habitudes de la personne, pour décider du degré d'intensité de la violence, qui a été pratiquée contre elle.

137. — Mais alors, dit-on, voilà l'article 1112 en contradiction avec lui-même! puisque, avoir décidé d'abord que la violence doit être appréciée, d'une manière absolue, *in abstracto*, d'après le type d'une personne raisonnable, il décide ensuite qu'elle doit être appréciée d'une manière relative, *in concreto,* par comparaison à la personne, contre qui elle a été exercée!

Il est vrai que cet article semble adopter à la fois deux mesures, dont l'une ne serait pas d'accord avec l'autre.

Mais n'est-il pas possible de les concilier, en disant que la première établit un *maximum*, au delà duquel l'appréciation discrétionnaire du juge ne peut plus s'exercer; tandis que la seconde laisse au juge toute sa liberté d'appréciation, dans les limites de ce *maximum*.

La violence qui a été exercée, était-elle, en soi, de nature à faire impression sur une personne raisonnable? cela suffit; le *maximum* légal est atteint; c'est la mesure *absolue;* il n'y a pas lieu d'avoir égard au sexe, à l'âge, ni à la condition de la personne; d'où il suit que l'on ne pourrait pas prétendre que, en raison du caractère particulièrement énergique de la personne qui l'aurait subie, cette violence n'était pas suffisante pour lui inspirer une crainte sérieuse.

Mais, au contraire, si la personne qui a subi la violence, a pu, en raison de la faiblesse particulière de son caractère, se laisser effrayer par une violence qui n'aurait pas intimidé pourtant une personne raisonnable, il y a lieu de tenir compte de cette faiblesse; car on se trouve au-dessous du *maximum*, dans les limites duquel la mesure devient *relative*.

Cette distinction qui est proposée par notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre (t. V, n° 22 *bis*, I), est certainement ingénieuse; et elle aurait l'avantage de faire disparaître l'espèce d'inconséquence, que semblent, à première vue, présenter la première et la seconde parties de l'article 1112.

Et, toutefois, il nous paraît permis de douter que le législateur lui-même y ait songé.

Ce qui semble plus vraisemblable, c'est qu'il a voulu fondre ensemble les deux idées que l'article exprime, et que son intention est, dès lors, que la violence soit, dans tous les cas, appréciée, en fait, eu égard à la personne

elle-même qui l'a subie. Est-ce que, en effet, il peut exister, surtout en pareille matière, un type absolu de la *personne raisonnable?* et n'est-ce pas toujours là, au contraire, une appréciation essentiellement relative! (comp. *infra*, n° 143; et *l'Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, Locré, t. XII, p. 320).

138. — Il faut, en second lieu, d'après l'article 1112, que la violence ait pu inspirer à celui contre qui elle a été pratiquée, la crainte d'exposer sa *personne ou sa fortune à un mal considérable et présent :*

Considérable; ...*majoris malitatis*, disait Ulpien (L. 5, ff. *Quod met. causa*); ce qui est, d'ailleurs aussi, relatif.

Ne faut-il pas, pourtant, que le mal dont on a été menacé, soit plus considérable que le préjudice résultant de l'obligation qui a été consentie?

Cela paraît, en effet, rationnel.

Notons aussi que le mal doit être apprécié, non pas seulement en raison de sa gravité même, mais encore en raison des moyens, plus ou moins prompts ou faciles, par lesquels on pouvait s'en défendre, soit en se plaçant sous la protection de l'autorité publique, soit en invoquant d'autres secours.

139. — Mais que signifient, dans l'article 1112, ces mots : *mal présent?*

« Il faut, disait Pothier, que ce soit un mal que la partie ait été menacée d'endurer *sur-le-champ,* si elle ne faisait pas ce qu'on lui proposait.... » (N° 23).

Et il citait, en ce sens, Ulpien, qui exigeait : *metum præsentem, non suspicionem inferendi ejus* (L. 9, ff. *Quod met. causa*).

M. Favard, dans l'*Exposé des motifs* de notre titre, a reproduit l'explication de Pothier (Locré, t. XII, p. 424).

Il ne faudrait pas, toutefois, s'attacher trop à cette explication.

Il est évident, en effet, que ce qui doit être *présent,* ce n'est pas le mal lui-même, mais la crainte de ce mal!

Voilà précisément aussi ce que disait Ulpien : METUM *præsentem*... METUS *instantis vel* FUTURI *periculi causa mentis trepidatio*. (L. 1, *h. t.*)

C'est également ce qui résulte de l'article 1112, qui serait inexplicable, si on ne l'entendait pas ainsi ! car, il suppose que le défaut de liberté du consentement provient d'une menace, qui inspire à une personne LA CRAINTE D'EXPOSER *sa personne ou sa fortune à un mal;*

Or, la menace est distincte du mal ; elle le précède nécessairement d'un intervalle quelconque ;

Donc, l'article 1112 ne suppose pas que le mal lui-même soit *présent ;* et il ne pouvait pas, en effet, le supposer dans l'ordre d'idées où il se place!

Et puisqu'il faut reconnaître qu'un intervalle de temps, plus ou moins long, sépare, nécessairement, la menace de l'exécution, et que le législateur lui-même n'a pas déterminé et ne pouvait pas, en effet, déterminer cet intervalle, la conclusion est que c'est là une question de fait et d'appréciation.

Ce que veut encore ici le législateur, c'est que ce ne soit pas un prétexte (*supra*, n° 135) ; c'est qu'on ne puisse pas alléguer de vagues menaces, dont l'exécution, ajournée dans l'avenir, n'aurait point paru imminente et inévitable (comp. Pau, 22 août 1833, Jassiot; et Cass., 4 nov., 1835, mêmes parties, Dev., 1834, I, 949).

Mais, au contraire, dès que l'exécution de la menace a pu paraître inévitable et imminente, la crainte à pu être sérieuse et détruire la liberté du consentement.

Est-ce que, par exemple, une menace d'incendie ne pourrait pas causer une crainte suffisamment présente, alors même qu'elle n'indiquerait pas le jour ni l'époque de l'exécution?

Assurément !

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, ont cru devoir, en conséquence, retrancher du texte le mot *présent* (t. III, p. 211). Le procédé est peut-être un peu extrême;

et nous croyons que le mot peut être maintenu avec l'explication que nous venons d'en fournir. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 477; Toullier, t. III, n° 79; Duvergier, *h. l.* note *b;* Duranton, t. X, n° 251; Larombière, t. I, art. 112, n° 7; Colmet de Santerre, t. V, n° 22 *bis*, II.)

140. — Il n'y a pas, d'ailleurs, à distinguer si la partie a été menacée dans sa personne ou dans sa fortune :

Dans sa personne, par des menaces de mauvais traitements, de voies de fait, de calomnies, de dénonciations, etc.

Dans sa fortune, par des menaces d'incendie, ou de destruction de ses titres, d'un testament, par exemple, qui aurait été fait à son profit, ou des actes qui établissent son état, etc. (Comp. L. 8, § 1, ff. *Quod met. causa.*)

141. — Tels doivent être, en droit, d'après le texte de l'article 1112, les caractères de la violence.

Mais il est évident, et il résulte des développements même qui précèdent, que l'appréciation de ces caractères appartient souverainement aux magistrats dans chaque espèce.

Aussi leur décision, à cet égard, est-elle effectivement souveraine; et elle ne saurait, en général, être déférée à la Cour de cassation (comp. Cass., 27 avril 1836, Falèze, Dev., 1836, I, 946; Cass., 24 fév. 1866, Legrand, Dev., 1866, I, 309).

Il faut tenir compte, non-seulement du fait lui-même et des personnes, mais encore des circonstances de lieu, de temps et autres, dans lesquelles le fait s'est produit. Il est telle menace, une menace d'incendie, par exemple, qui devra produire une crainte plus ou moins vive, eu égard aux pays et aux époques; comme si la contrée, dans laquelle elle aurait été faite, se trouvait, en ce moment, ravagée par des incendies.

Ce que les magistrats doivent surtout rechercher, c'est si la violence a été directe et déterminante, et

s'il existe, entre elle et la convention, qui a eu lieu, le même rapport qui lie la cause à l'effet. (Comp. Paris, 5, août 1853, *J. du. P.*, 1854, I, 512; Dijon, 24 mai 1865, Buzenet, Dev., 1866, II, 64.)

142. — Peu importe de quelle manière la violence a été exercée : par des faits, par des gestes, par des écrits ou par des paroles; sauf seulement à tenir compte des moyens pour apprécier la gravité du résultat.

Timor ex rebus, non ex vocabulis oritur!... (Comp. Pau, 28 août 1833, Gassiot, Dev., 1836, I, 948.)

Il s'en faut bien que cela soit toujours vrai; et, le plus souvent même, les menaces sont verbales.... *ex vocabulis!*

143. — Il n'y a pas lieu d'exiger, non plus, que le mal lui-même dont la menace a détruit la liberté du consentement, fût en soi nécessairement à craindre.

Un honnête homme est menacé d'une dénonciation pour crime, s'il ne donne son consentement à un contrat.

Qu'a-t-il à craindre, dira-t-on, s'il n'est pas coupable!

Il se peut, en effet, qu'une telle menace ne doive lui causer aucun trouble, parce que ce prétendu mal serait évidemment pour lui chimérique; c'est en ce sens qu'Ulpien décidait que la crainte de l'infamie n'est pas une cause de restitution. (L. 7, princ. ff. *Quod met. causâ.*)

Mais il ne serait pas non plus impossible qu'un concours de circonstances, dont il y a plus d'un exemple, lui fît redouter une dénonciation, malgré son innocence, et que cette menace constituât, envers lui, une violence véritable. (Comp. Duranton, t. X, n° 147; Larombière, t. I, art. 1112, n° 8.)

144. — Ajoutons, d'ailleurs, que, dans le cas même où la violence ne présenterait pas les caractères que l'article 1112 y exige, la personne, qui l'aurait subie, pourrait n'être pas destituée de toute action.

D'abord, elle pourrait avoir une action en dommages-

intérêts personnelle contre l'auteur de cette violence, qui, bien qu'insuffisante pour faire prononcer la nullité de la convention, à l'encontre des tiers, pourrait suffire pour engendrer, à la charge de celui qui l'aurait pratiquée, une obligation d'indemnité (arg. de l'article 1382).

Et bien plus! il serait possible que la nullité même de la convention dût être prononcée, sur sa demande, même à l'encontre des tiers; à savoir :

1° Si les faits de violence, trop peu caractérisés comme tels, constituaient en même temps, ainsi qu'il peut souvent arriver, en cas pareil, un dol suffisamment caractérisé, et s'ils avaient été pratiqués par l'autre partie (art. 1116) : *eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est*, dit Ulpien. (L. 14, § 12, *Quod met. causâ*);

2° Si l'obligation, que la partie aurait contractée, était sans cause ou avait une cause illicite (art. 1131; comp. Pothier, n° 25; Duranton, t. X, n° 157; Larombière, t. I, art. 1112, n° 9).

145. — Il est clair que la violence implique l'idée d'une manœuvre illicite.

C'est que ce que les jurisconsultes romains exprimaient, en disant qu'elle doit être *adversus bonos mores*. (L. 3, § 1, ff. *Quod met. causâ.*)

Quoique l'article 1112 ne mentionne pas ce caractère, l'emploi même qu'il fait du mot *violence* le suppose nécessairement; et c'est bien aussi ce qui résulte de l'article 1108, qui veut que le consentement ait été *extorqué* par la violence!

Peu importe même que le fait, qui a été commis, pour contraindre le consentement, présente les caractères d'un crime ou d'un délit, et soit ou ne soit pas réprimé par la loi (comp. art. 305 et suiv. du Code pén.; loi du 13 mai 1863).

L'article 1112 n'exige pas cette condition; ce serait donc ajouter à la loi, et, par conséquent, la violer, que de prétendre l'y introduire.

C'est que, en effet, il s'agit ici de la violence, non pas au point de vue du droit criminel, mais au point de vue, tout différent, du droit civil.

Et cela est si vrai qu'il se pourrait que, même après que l'auteur de la violence aurait été acquitté par la justice répressive, la nullité de la convention fût néanmoins prononcée, contre lui, par la justice civile (comp. Caen, 9 avril 1853, Vilette, Dev., 1854, II, 30).

146. — De ce principe, il résulte que l'emploi régulier *des voies de droit*, comme on dit, ne constitue pas un acte de violence.

Cette proposition s'applique aux voies d'exécution, soit sur les biens, comme l'expropriation forcée, soit sur la personne, comme la contrainte par corps.

Nous disons toutefois l'emploi *régulier*, ou, en d'autres termes, pour des causes légales, avec l'observation des formes légales, et sous l'autorité des magistrats compétents.

Car, en dehors de ces conditions, la prétendue *voie de droit* pourrait devenir une *voie de fait*, et constituer une violation de la propriété ou une détention arbitraire! (Comp. L, 3 et 22 ff. *Quod metus causâ;* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Crainte*, § 2; Toullier, t. III, n°s 82-83; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 211; Massé et Vergé, t. III, p. 556; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n°s 181 et suiv.).

147. — Est-ce à dire pourtant que l'emploi même d'une voie de droit ne pourrait pas dégénérer en un fait de violence de nature à entraîner la nullité de la convention, qui en serait le résultat?

A cette question, Pothier répondait, dans les termes les plus absolus :

« Les voies de droit, disait-il, ne peuvent jamais passer pour une violence de cette espèce; c'est pourquoi un débiteur ne peut jamais se pourvoir contre un contrat, qu'il a fait avec son créancier, sur le seul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces que ce créancier lui

a faites d'exercer contre lui les contraintes par corps qu'il avait droit d'exercer, ni même sur le prétexte qu'il a fait ce contrat en prison, lorsque le créancier a eu le droit de l'emprisonner. »

Et il ajoutait que « la loi 22, au Digeste, *Quod metus causâ*, qui dit : *Qui in carcerem aliquem detrusit ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est*, doit s'entendre d'un emprisonnement injuste. » (N° 26.)

Cette doctrine, toutefois, paraît n'avoir pas été sans contradicteurs, dans notre ancienne jurisprudence; et un conseiller du parlement de Paris, de Lépine de Grandville, avait proposé de distinguer, d'après un arrêt du 13 août 1722, si l'acte passé par une personne emprisonnée, même légalement, lui causait une lésion véritable, et si l'on pouvait présumer qu'elle ne l'eût pas fait étant en liberté, ou si le prisonnier n'avait fait que ce qu'il aurait dû faire hors de prison ; dans ce dernier cas, il est vrai, l'acte était maintenu; mais il y avait, au contraire, ouverture à la rescision dans le premier cas; et elle était prononcée, dès que le prisonnier réclamait contre les engagements onéreux qu'il avait pris. (Comp. Merlin, Quest. de Droit, v° *Crainte*, § 2.)

Que cette distinction ait été proposée à une époque où les principes sur la rescision des contrats pour cause de lésion n'avaient encore rien de très-arrêté, on le conçoit; mais elle ne serait pas proposable aujourd'hui, en présence de notre article 1118 (comp. Cass., 7 mai 1866, Darrieux; et 9 mai 1866, Aubert, Dev., 1866, I, 276 ; *Revue crit. de Jurisprud.*, t. XXVI, p. 447).

Ce qui est toujours vrai seulement, c'est que si, en effet, une convention consentie en de telles circonstances, était attaquée pour cause de violence, il y aurait lieu de tenir compte aussi de la lésion qui en résulterait, non pas pour faire de cette lésion elle-même, une cause de rescision, mais pour y reconnaître une preuve, et qui pour-

rait même être, en cas pareil, l'une des plus décisives, de la violence, qui aurait été exercée contre la personne qui en serait victime. (Comp. cass. 17 août 1865, Boulugnet, Dev., 1865, I, 399.)

Mais toujours, faudrait-il que la convention pût être rescindée pour cause de violence.

148. — Eh bien, donc, nne telle convention pourrait-elle être rescindée pour cause de violence?

Un parti considérable, dans le droit nouveau, a répondu négativement, en des termes aussi absolus que Pothier, dans notre ancien droit. (Comp. Paris, 12 fév. 1806, Sirey, 1806, II, 243; Douai, 21 juil. 1835, Colett, Dev., 1836, II, 224; Toullier, t. III, n° 81; et Duvergier, *h. l.*, note 2; Duranton, t. X, n° 143; Zacharie, Aubry et Rau, t. III, p. 211.)

Il nous serait impossible d'y adhérer.

Je suis votre créancier d'une somme de 3000 fr.; et mon titre emporte la contrainte par corps.

Quel est mon droit?

C'est d'exercer, en effet, contre vous, la contrainte par corps, pour obtenir mon remboursement; ou, si je l'ai déjà exercé, de la maintenir pour vous faire rester en prison; le jurisconsulte Paul a raison de dire en ce sens : « *non videtur vim facere qui jure suo utitur.* » (L. 155, ff. *de Regul juris.*)

Mais voilà que, pour conserver votre liberté, ou pour la recouvrer, et devenir quitte, envers moi, de cette somme de 3000 fr., vous me cédez une propriété valant 6000 fr.; c'est l'exemple que Toullier propose, et sur lequel il décide que cette vente ne sera jamais rescindable pour cause de violence. (*Loc. supra cit.*)

Nous ne voudrions pas décider, en sens inverse, qu'elle sera toujours rescindable.

Mais ce que nous soutenons, c'est qu'elle pourra être rescindable, suivant les circonstances, s'il est reconnu que je me suis fait un instrument de violence de cette voie

même d'exécution légitime, que j'avais contre vous ; que je l'ai détournée de sa destination, en vous effrayant par le tableau exagéré des conséquences, qui allaient résulter du scandale de cette exécution, pour vous, pour votre fortune, pour votre honneur, qui sait même aussi ! pour la fortune et pour l'honneur de vos enfants !

N'est-il pas vrai que ces menaces habilement exploitées ont pu vous jeter dans une situation pleine d'angoisses, et vous terrifier de manière à détruire la liberté de votre consentement ?

Oui, sans doute !

Or, si cela est vrai, la violence existe, et avec un caractère même d'autant plus odieux, qu'elle a perverti un moyen, qui était légitime, pour en faire un moyen détestable d'intimidation.... *corruptio optimi pessima !*

Concluons donc, que si en effet, le créancier a obtenu, par de telles manœuvres, le consentement du débiteur soit à une convention étrangère à la dette, soit à un accroissement de la dette, à titre de rançon, la convention pourra être rescindable pour cause de violence. La circonstance que cette convention aurait été proposée par le créancier lui-même au débiteur et non point par le débiteur au créancier, devrait être prise en grande considération; car elle est une de celles qui tendraient le plus à fournir la preuve de l'abus déloyal que le créancier aurait fait de la voie d'exécution qui lui appartenait, et qu'il s'en serait servi, non pas pour obtenir le remboursement de la dette, mais pour extorquer le consentement du débiteur à une autre convention. (Comp. Cass., 17 août 1865, Boulugnet, Dev., 1865, I, 399; Colmet de Santerre, t. V, n° 22 bis, 111 ; Larombière, t. I, art. 1112, n° 10.)

149. — La même solution est applicable à la menace faite à une personne de porter contre elle une dénonciation pour crime ou délit, ou de lui faire un procès civil en réparation pécuniaire.

C'est là sans doute aussi une voie de droit, dont l'emploi peut être légitime.

Mais elle peut certainement dégénérer elle-même en un fait de violence des plus caractérisés.

Paul est surpris en flagrant délit de vol ou d'adultère, *si quis in furto vel adulterio deprehensus...* (L. 7, § 1, ff. *Quod met. causâ.*)

Et voilà que l'offensé, profitant de l'égarement où sa terreur le jette, entreprend de pratiquer contre lui un odieux *chantage*! et il lui arrache son consentement soit à la vente d'une propriété, soit à une réparation pécuniaire.

Nous maintenons que cette convention pourra être rescindable pour cause de violence (comp. Cass., 17 mars 1813, Sirey, 1813, I, 262; Caen, 9 avril 1853, Vilette, Dev., 1854, II, 30; Cass., 17 novembre 1865, Boulugnet, Dev., 1865, I, 399; Cass., 24 mai 1866, Legrand, Dev., 1866, I, 309).

Tel est aussi le sentiment de Duranton; si bien même que le savant auteur enseigne qu'une convention conclue en de telles circonstances serait, dans tous les cas, rescindable pour cause de violence, *lors même que la personne, dominée par cette crainte, offrirait spontanément cette convention*, et sans que l'on doive distinguer *s'il y a eu des violences ou des menaces pour la forcer à donner quelque chose ou à s'obliger, ou bien si elle l'a fait sans contrainte extérieure, de son propre mouvement, pour se racheter de la fâcheuse position où elle s'était mise* (t. X, n° 144).

Mais cette doctrine nous paraîtrait elle-même excessive en sens inverse !

On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit (art. 2046); et nous ne saurions admettre théoriquement, comme le fait Duranton, qu'une pareille transaction ne puisse jamais être faite au moment même où le délit vient de se commettre; cette distinction que les textes romains, cités par l'auteur, ne nous paraissent pas

justifier (L. 7, § 1, ff. *Quod met. causâ* et l. 9, Cod. *De his quod met. causâ*) serait, surtout dans notre droit français, dépourvue de toute base.

Une seule condition est requise, c'est que le consentement n'ait pas été extorqué par violence; or, c'est là, dans cette occasion comme dans toutes les autres, une question de fait.

Que l'on tienne compte des angoisses qui, très-souvent sans doute, accompagnent ces situations extrêmes, et que l'on ne se contente pas absolument de dire de celui qui s'y trouve : ..... *ipse sibi metum intulit*, cela est raisonnable; et nous voulons bien aussi que l'on recherche si l'autre partie, alors même qu'elle n'aurait pas proféré de menaces, n'a pas néanmoins usé déloyalement de ce moyen de contrainte, qui s'offrait à elle, en quelque sorte, tout préparé!

Mais cette concession est la seule qu'il soit possible de faire; et si, au contraire, il est reconnu que le consentement de celui qui a été surpris, même en flagrant délit, a été suffisamment libre, la convention ne sera pas rescindable (comp. Caen, 9 avril 1853, Vilette, *supra;* Larombière, t. I, art. 1112, n° 11; D., *Rec. alphab.*, v° *Obligations*, n° 171; *voy.* toutefois Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 211).

150. — Un voyageur, arrêté par des bandits et menacé de mort, promet une somme considérable à un passant, s'il le délivre.

Ou bien c'est une mère qui, voyant son enfant en danger de périr dans une inondation ou dans un incendie, promet une somme considérable à celui qui se dévouera pour le sauver.

Un tiers se dévoue et délivre le voyageur ou l'enfant de ce danger de mort!

La convention, qui est intervenue en de telles circonstances, est-elle rescindable pour cause de violence?

On aurait pu répondre affirmativement, en droit ro-

main; car c'est dans *la crainte*, *metus*, que les textes placent le vice du consentement; et ce vice, dès lors, peut exister, de quelque cause que la crainte procède, fût-ce même d'une force inintelligente et purement brutale; c'est en ce sens que Paul a dit de la violence, d'où résulte cette *crainte*, qu'elle est *majoris rei impetus, qui repelli non potest* (l. 2, ff *Quod met. causâ*). Et encore, dans ces hypothèses, les jurisconsultes romains eux-mêmes étaient-ils portés à maintenir la convention, au profit de celui qui avait rendu ce service : ..... *ego enim operæ potius meæ mercedem accepisse videor*, disait Ulpien (l. 9, § I, *h. t.*).

Ce qui est certain, c'est que cette convention ne serait pas rescindable, sous notre Code, pour cause de violence.

Notre Code, en effet, à la différence du droit romain, place le vice du consentement dans la *violence;* et il n'est pas possible de douter que ce mot, dans tous nos articles, doit s'entendre d'une voie de fait pratiquée, avec intention, par une personne sur une autre, dans le but d'*extorquer* son consentement (art. 1108, 1109, 1111 et suiv.)

D'où il résulte que nos articles, en effet, ne sauraient recevoir d'application aux deux hypothèses, qui nous occupent; car, dans la première, la violence n'a pas été pratiquée dans le but de contraindre le consentement de la partie à cette convention ; tout au contraire! c'est afin de se délier de cette violence, que la partie y a consenti ; et dans la seconde, il n'y a même eu aucune *violence*, dans l'acceptation juridique de ce mot, sous notre droit moderne.

Il faut donc conclure que, dans l'une ni dans l'autre hypothèse, la convention ne saurait être rescindée pour cause de violence (comp. *supra*, n° 133).

151. — Où est le mal? et cette conclusion n'est-elle pas, au contraire, satisfaisante?

Oui, sans doute, la conclusion sera satisfaisante, si la somme promise ou, plus généralement, si l'obligation contractée, en ces circonstances, n'est pas immodérée, et si elle n'est que la légitime récompense du service rendu... *operæ meæ mercedem!*

Mais supposez que l'obligation est immodérée, excessive! et la supposition, en cas pareil, sera très-souvent la vérité du fait.

Cette mère, par exemple, qui appelait un sauveur au secours de son enfant, lui a promis..... *toute sa fortune!*

Faudra-t-il donc qu'elle lui livre toute sa fortune?

A cette objection, Pothier, répondait que « si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m'a été rendu. » (N° 24.)

C'est-à-dire que Pothier admettait la rescision de cette obligation conventionnelle pour cause de lésion.

Et telle est encore la réponse que des auteurs modernes ont faite sous l'empire de notre Code (comp. Duvergier sur Toullier, t. III, n° 85, note *a*; Duranton, t. X, n° 149; Larombière, t. I, art. 1112, n° 12).

Mais nous avons déjà remarqué que cette cause de rescision serait inadmissible, en présence de notre article 1118, qui y fait absolument obstacle.

Et si, en effet, l'obligation était déclarée valable, elle devrait être, nécessairement, déclarée valable pour le tout!

C'est ce que nous ne voudrions pas assurément proposer ; mais alors, il n'y a d'autre moyen de subvenir à l'obligé, que de déclarer la convention nulle, pour défaut de consentement, en considérant que sa volonté même a disparu dans l'égarement de cette terreur ou de ce désespoir (comp. *supra*, n° 81).

Et le sauveur? et celui qui a exposé sa propre vie pour délivrer l'autre partie du péril qui la menaçait, il n'aura donc rien! aucun droit, aucune action!

Il faut convenir que cette autre conséquence extrême serait elle-même très-regrettable.

Mais comment faire?

Lui permettre d'invoquer l'article 1375 et de réclamer, en vertu d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, le prix du service qu'elle a rendu?

On a proposé, en effet, ce moyen (comp. Marcadé, art. 1114, n° 444; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 465).

Ce moyen, toutefois, dans lequel ceux-là même qui le présentent, ne voient qu'une *échappatoire*, pourrait, en effet, n'être pas très-sûr; et M. Colmet de Santerre y oppose que, d'après l'article 1375, le gérant d'affaires n'a droit qu'au remboursement des dépenses qu'il a faites, mais qu'il ne peut jamais réclamer un salaire; d'où notre honorable collègue conclut que celui auquel une pareille promesse a été faite, est dans la même position que celui qui se dévoue spontanément pour sauver une autre personne, et qu'il n'a pas d'action pour réclamer le payement du service qu'il a rendu (t. V, n° 20 *bis*).

Mais il nous en coûterait beaucoup de nous arrêter à une telle conclusion!

Et nous croyons qu'il appartiendra aux magistrats, en même temps qu'ils prononceront la nullité de la convention, d'apprécier, dans ce cas comme dans les autres cas semblables, les conséquences qui devront équitablement résulter de l'exécution que cette convention, déclarée nulle *en droit*, aura néanmoins reçue *en fait*. Quand j'ai commandé un tableau à un peintre, sur la personne duquel je me trompais, je puis sans doute faire annuler le contrat pour cause d'erreur; mais je suis tenu, en vertu de l'article 1332, de tenir compte à ce peintre du salaire de son travail (*supra*, n° 103); pourquoi la même solution ne serait-elle pas applicable à notre hypothèse?

152. — C'est encore une conséquence du principe

que la violence doit être injuste, *adversus bonos mores*, que l'article 1114 exprime en ces termes :

« La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, « ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence « exercée, ne suffit point pour annuler le contrat. »

La crainte *révérentielle*, en effet, (le mot lui-même l'annonce!), loin de procéder de la violence, a sa source dans ces sentiments de respect, de tendresse et de soumission, qui sont la base excellente de l'autorité paternelle et de la discipline domestique! et le législateur ne pouvait, certes, y trouver le caractère d'une contrainte, de nature à vicier le consentement de l'enfant.

Il en serait ainsi, lors même que l'enfant n'aurait donné son consentement qu'à contre-cœur, et dans la crainte, que son ascendant ne lui gardât quelque rancune, s'il refusait, *ne pater pejus faceret!* (comp. L. 21 et 22, ff. *de Ritu nupt.;* L. 26, § 1, ff. *de pignor. et hypotis.;* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 248).

153. — Remarquons, toutefois, la rédaction de notre article : « *La* SEULE *crainte révérentielle...* »; et le législateur explique clairement sa pensée, en ajoutant «... *sans qu'il y ait eu de violence exercée...* »

C'est que, en effet, s'il y avait eu violence, la crainte révérentielle en deviendrait elle-même une circonstance aggravante; de sorte qu'il ne serait pas nécessaire que la violence eût alors le caractère de gravité, que le législateur exige en général, pour qu'elle devienne, par elle seule, une cause de nullité de la convention.

La violence, d'ailleurs, dans ce cas comme dans tous les autres, est celle qui pourrait inspirer à l'enfant la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent :

Sa personne; comme si, dit Pothier, celui qui l'avait sous sa puissance, a employé les mauvais traitements (n° 27); et voilà comment la Cour de Bruxelles déclara

nul un contrat, qui avait été consenti par une fille enceinte, que sa mère, après l'avoir enfermée dans une chambre, avait menacée d'abandonner dans les douleurs de l'enfantement, si elle n'y consentait pas! (22 août 1808, Sirey, 1810, II, 559);

Ses biens; comme si le père avait menacé son enfant de le priver de sa succession, en vendant tous ses biens à la charge d'une rente viagère, ou même de le priver de la quotité disponible par une disposition au profit d'un étranger, ou au profit d'un autre enfant par préciput, s'il ne donnait pas son consentement à un contrat; dans le cas où cette menace aurait eu un certain caractère de précision, surtout s'il s'agissait d'un contrat à faire au profit du père lui-même (comp. Toullier, t. III, n° 80; Duranton, t. X, n° 154; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 212; Larombière, t. I, art. 1114, n° 14).

154. — L'article 1114 nous paraît d'ailleurs devoir être appliqué, non-seulement à l'enfant légitime, mais encore à l'enfant naturel dans ses rapports avec le père ou la mère, qui l'a reconnu, et à l'enfant adoptif, dans ses rapports avec l'adoptant.

Le principe de déférence affectueuse et de discipline hiérarchique, sur lequel il est fondé, comporte nécessairement, suivant nous, cette application (comp. *infra*, n°s 160, 161).

155. — Bien plus! malgré les termes de l'article 1114, qui ne mentionne que *le père, la mère ou autre ascendant*, la disposition, qu'il renferme, doit être aussi appliquée dans les autres situations, où *la crainte révérentielle* peut naître légitimement des rapports réciproques d'autorité et de soumission, qui existent entre certaines personnes.

« La crainte de déplaire à un père, à une mère, *ou* « *autres personnes à qui l'on doit des égards*, dit Pothier, « n'est pas une crainte, qui rende vicieux le contrat « fait par l'impression de cette espèce de crainte. » (N° 27.)

Tel est auss l'esprit de notre Code.

Qui voudrait, par e emple, soutenir que la seule crainte révérentielle de la femme envers son mari puisse être considérée comme suffisante pour vicier son consentement! (Art. 212).

Aussi le parlement de Provence, par arrêt du 8 janvier 1782, rejeta-t-il la demande en rescision qu'une femme avait formée, contre la vente de ses biens paraphernaux, en soutenant qu'elle avait cédé à l'autorité de son mari (De Sain-Jean, Décis, 5).

Et, par arrêt du 11 juillet 1601, le parlement de Dijon décida, de même, que « la seule crainte maritale n'est « pas suffisante pour faire rescinder un contrat, sans « preuve de force et de violence. » (Bouvot, t. III, v° *Violence.*)

156. — La même solution serait applicable à la crainte révérentielle du domestique envers son maître, et plus généralement d'un subordonné envers son supérieur.

157. — *b.* Aux termes de l'article 1111 :

« La violence exercée contre celui qui a contracté l'o- « bligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait « été exercée par un tiers, autre que celui au profit « duquel la convention a été faite. »

C'est ainsi, par exemple, que si un contrat de société avait été formé entre plusieurs personnes, l'un des associés pourrait en demander la nullité contre les autres, pour cause de violence, lors même qu'il n'imputerait cette violence qu'à l'un d'eux, en reconnaissant que les autres n'y ont point participé et que même ils n'en ont pas eu connaissance.

Ce principe a toujours été admis :

Soit en droit romain, où l'édit du Préteur était conçu *generaliter et in rem* (L. 9, § 1, ff. *Quod met. causâ*);

Soit dans notre ancien Droit civil français.

Il est vrai qu'il a été controversé en Droit naturel; et Grotius, en effet, prétendait que, malgré la rescision

du contrat que le droit civil prononce en cas pareil, la partie n'en demeure pas moins obligée.

Mais il était contredit fort justement, à notre avis, par Puffendorf et Barbeyrac.

Tous d'ailleurs s'accordaient à reconnaître l'incontestable existence du principe contraire dans le Droit civil (comp. Pothier, n° 23).

158. — La violence, en effet, dès qu'elle est constatée, a détruit la liberté du consentement; et puisque le consentement est vicié, qu'importe d'où le vice est venu?

Ce premier motif toutefois, si concluant qu'il paraisse, ne suffirait peut-être pas, à lui seul, d'après la théorie de notre Code, pour expliquer cet effet absolu de la violence.

Nous ajouterons donc :

1° Qu'aucun reproche ne peut être fait à la partie, qui a été victime de cette violence, dans laquelle le législateur exige une gravité telle qu'il reconnaît lui-même que la volonté a dû se soumettre;

2° Que l'on ignore souvent l'auteur de la violence; qu'elle se pratique sous le masque, et qu'il pourrait arriver que la victime ne sût à qui s'en prendre, si on ne lui accordait qu'une action personnelle en dommages-intérêts contre lui : *metus habet in se ignorantiam,* dit Ulpien (L. 14, § 3, ff. *Quod met. causâ*);

3° Que, à supposer même que l'auteur de la violence soit connu, une action en dommages-intérêts pourrait être souvent stérile; car de tels procédés ne sont guère commis que par des hommes sans crédit et sans solvabilité;

4° Enfin que la violence trouble le bon ordre de la société, et qu'elle mérite même, dans les relations civiles, d'être réprimée exemplairement (comp. *infra,* n° 184).

159. — L'article 1113 dispose que :

« La violence est une cause de nullité du contrat, non-« seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie con-« tractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux

« ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses as-
« cendants. »

Quoi de plus naturel et de plus légitime !

La violence, qui est exercée contre des personnes auxquelles de pareils liens nous attachent, est certainement la même, *pro effectu*, que celle qui serait exercée contre nous ! (L. 8, § 3, ff. *Quod met. causa*).

Et c'est, en effet, parce qu'elle est la même, qu'il n'y a pas à distinguer si le danger, dont elle nous a inspiré la crainte, menaçait leur personne ou seulement leur fortune, quoique l'article 1113 ne mentionne expressément que la violence exercée *sur l'époux* ou *sur l'épouse*, etc. (art. 1112 ; comp. Pothier, n° 27 ; Duranton, t. X, n° 153).

160. — On s'accorde généralement à décider que l'article 1113 est applicable aux enfants naturels légalement reconnus, et à leurs père et mère, aussi bien qu'aux enfants légitimes (comp. *supra*, n° 154; et notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 547-548).

161. — Malgré le dissentiment de quelques jurisconsultes, qui refusent de l'appliquer à l'adopté et à l'adoptant (comp. Delvincourt, t. II, p. 124, note 3 ; Duranton, t. X, n° 152);

Nous croyons qu'il les comprend également; il importe peu que ces mots : *descendants ou ascendants*, ne semblent pas convenir très-exactement à la filiation adoptive; ce n'est là qu'un argument secondaire; l'argument principal, c'est que l'article 1113 est fondé sur des sentiments d'affection, de reconnaissance, de devoir, qui exigent que l'application en soit faite à tous les rapports, quels qu'ils soient, de paternité et de filiation (comp. *supra*, n° 154; notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 152; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 78, note *a;* Larombière, t. I, art. 1113, n° 15).

162. — Ne faut-il pas même aller plus loin, et décider que l'article 1113 n'est pas limitatif?

Comment! un acte de violence est exercé sur l'un de

mes parents, sur mon frère, mon oncle, mon cousin, ou sur l'un de mes alliés, sur mon beau-père, mon beau-frère, ou sur l'un de mes amis, ou même sur un étranger, sur un inconnu.

Cette violence met en danger sa vie ou sa fortune; je ne puis le sauver qu'en donnant mon consentement à un contrat; je consens donc.

Est-ce que ce contrat ne sera pas rescindable pour cause de violence?

Non! a-t-on répondu; le texte de l'article 1113 s'y oppose! (Comp. Duranton, t. V, n° 152.)

Mais, en vérité, cette solution n'est pas tolérable!

Nous pourrions faire remarquer d'abord, une contradiction, que nous avons signalée déjà dans le Code (comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments,* t. II, n° 73). Tandis que, en effet, il place les frères et sœurs avant les aïeuls et aïeules, dans les successions ab intestat (art. 750-751), qu'il défère pourtant d'après les affections présumées du défunt, le voilà qui place, au contraire, les aïeuls et aïeules avant les frères et sœurs; car il semble supposer que le même acte de violence, qui contraindrait ma volonté, s'il était exercé sur mon aïeul, ne la contraindrait pas, s'il était exercé sur mon frère!

Cet argument suffirait seul à prouver que l'article 1113 ne saurait faire obstacle à ce que la violence exercée sur des personnes autres que celles qu'il désigne, puisse être considérée comme exercée sur la partie contractante elle-même!

Mais cet argument d'ailleurs n'est pas le seul; et la conscience se soulève à la pensée que le législateur ait décrété un article, duquel il résulterait que, en présence d'un parent, d'un allié, d'un ami, ou même d'un étranger, menacé de périr sous le fer d'un assassin, si je ne m'oblige pas, je suis néanmoins libre de ne pas m'obliger!

Non! certes, je ne suis pas libre; et il est incontes-

table qu'un tel consentement m'est extorqué par la violence !

Mais alors que signifient les termes de l'art. 1113 ?

Nous répondrons que les rédacteurs du Code, à l'exemple du Droit romain et de notre ancien Droit français, ont prévu le cas le plus ordinaire, qui est, en effet, celui où la violence, si elle n'est pas exercée contre la partie contractante elle-même, sera exercée contre les personnes qui la touchent de plus près; et que l'article 1113 est démonstratif et non pas restrictif (comp. L. 8, § 3, *Quod met. causa*; Pothier, n° 27).

On a répondu aussi que la différence, qui existe entre les personnes, qui sont désignées dans l'article 1113, et les personnes qui n'y sont pas désignées, c'est que la violence exercée contre les premières est présumée de plein droit avoir été exercée contre la partie contractante elle-même, sans qu'aucune preuve soit à faire de leurs relations d'amitié ou autres ; tandis qu'il n'en est pas ainsi de la violence exercée sur les autres personnes, et qu'il faudra, pour celles-ci, établir les rapports par suite desquels cette violence aura dû être ressentie par la partie contractante, comme si elle avait été exercée directement contre elle.

Nous acceptons aussi cette explication, qui a l'avantage de nous ramener à une conclusion qui est toujours, en cas pareil, la plus vraie; à savoir : que ce sera, pour les magistrats, une question de fait et d'appréciation (comp. Marcadé, art. 1113; Colmet de Santerre, t. V, n° 23 *bis;* Larombière, t. I, art. 1113, n° 16).

163. — Nous avons vu se présenter cette singulière espèce :

Un père refusait de consentir à une donation, qui était la condition d'un mariage que son fils désirait ardemment; et les deux familles, réunies dans l'étude du notoire, étaient sur le point de se séparer, lorsque le fils déclare qu'il VA SE BRÛLER LA CERVELLE, si son père ne

consent pas; et il sort, pour mettre à exécution sa menace; le père, terrifié, le rappelle et consent aussitôt à la donation.

Mais ensuite, il en demande la nullité pour cause de violence.

Singulière espèce, en effet, dans laquelle un arrangement empêcha que la question fût portée devant les tribunaux.

Nous croyons, d'après le principe que nous venons de poser, que, si elle avait dû être décidée juridiquement, c'est encore une question de fait que les magistrats auraient eu à résoudre; cette violence, que le fils menaçait d'exercer sur sa propre personne, pouvait-elle, en effet, inspirer au père une crainte telle qu'elle dût être considérée, à l'égal d'une violence qu'il aurait exercée sur son père lui-même ?

164. — *c.* D'après l'article 1115 :

« Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de « violence, si, depuis que la violence a cessé, ce con« trat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, « soit en laissant passer le temps de la restitution fixé « par la loi. »

Cette disposition est d'une vérité incontestable; mais elle n'est point particulière à la violence, et elle s'applique de même à l'erreur et au dol (art. 1117, 1304, etc.; *supra*, n° 76).

Pourquoi donc la rappeler particulièrement, en ce qui concerne la violence?

On ne peut l'expliquer que par un emprunt que les rédacteurs ont fait à un passage de Pothier (n° 21), dont l'article 1115 reproduit, en effet, littéralement les termes.

Mais Pothier faisait, entre l'erreur et la violence, une distinction qui, dans son *Traité*, expliquait ce passage.

Tandis qu'il voyait, dans l'erreur, l'absence de consentement, il enseignait, au contraire, que la violence n'empêche pas qu'il y ait un consentement; qu'il y en a

un, au contraire, mais qu'il est vicieux.... *Coactus volui, sed volui* (L. 21, ff. *Quod met. causa;* comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 248).

Philosophiquement, sans doute, cette différence est fondée; mais, juridiquement, notre législateur ne l'a pas admise; et il confond, dans les mêmes règles, les trois vices du consentement.

D'où il suit que la disposition de l'article 1115 n'est, à vrai dire, d'aucune utilité dans notre Code (comp. D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n°s 192 et suiv.).

III.

Du dol.

SOMMAIRE.

165. — Exposition. — Division.
166. — *a.* — Ce que c'est que le dol? et quels doivent en être les caractères, pour qu'il soit une cause de nullité du contrat?
167. — Suite.
168. — Suite.
169. — Suite. — Les mots : *dol* et *fraude* sont-ils synonymes?
170. — Suite. — De ce qu'on appelait, autrefois, le dol réel.... *dolus re ipsa.*
171. — Suite.
172. — Suite. — Des manœuvres constitutives du dol.
173. — Suite.
174. — Suite. — C'est aux magistrats, qu'il appartient d'apprécier, en fait, les divers éléments constitutifs du dol. — Observation.
175. — Suite. — De la distinction entre le dol principal, *dans causam contractui*, et le dol incident, *incidens in contractum.*
176. — Suite.
177. — Suite.
178. — Suite.
179. — Suite.
180. — Suite. — Résumé. — Conclusion.
181. — Le dol n'est un vice du consentement que parce qu'il produit l'erreur. — Mais il n'en constitue pas moins un vice spécial du consentement, qu'il ne faut pas confondre avec l'erreur. — Explication.
182. — Du dol postérieur à la formation du contrat.
183. — *b.* — Pour que le dol soit une cause de nullité du contrat, il faut qu'il ait été pratiqué par l'une des parties.
184. — Suite. — Explication de la différence, qui existe, sous ce rapport, entre la violence et le dol.

185. — Dans quels cas le dol doit-il être considéré comme ayant été pratiqué par l'une des parties.
186. — Suite.
187. — Suite. — *Quid*, si le dol a été pratiqué par le mandataire, conventionnel ou légal, de l'une des parties, sans que celle-ci en ait eu connaissance?
188. — Le dol ne se présume pas; et il doit être prouvé. — Explication.
189. — *c*. — Quel est l'effet du dol? — Entre les parties contractantes elles-mêmes et leurs héritiers ou successeurs universels.
190. — Suite. — La rescision du contrat pour cause de dol est-elle opposable aux tiers, qui ne sont que les successeurs à titre particulier des parties contractantes?

165. — « Le dol est une cause de nullité de la con-« vention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une « des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces « manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

« Il ne se présume pas et doit être prouvé. »

Tels sont les termes de l'article 1116, le seul que notre Code ait consacré à ce troisième vice du consentement, et sur lesquels nous allons rechercher :

a. Ce que c'est que le dol; et quels doivent en être les caractères, pour qu'il soit une cause de nullité du contrat;

b. Par quelle personne il faut qu'il ait été pratiqué;

c. Quels en sont les effets.

166. — *a*. Labéon a donné une définition célèbre du dol :

« .... *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad « circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum ad-« hibita*.... » (L. 1, § 2, ff. de *dolo malo*).

Et Pothier l'a résumée fort exactement, en disant que « l'on appelle dol toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre » (n° 28).

167. — C'est assez dire que le dol implique nécessairement une intention mauvaise et un but malhonnête.

Les Romains, toutefois, distinguaient le *dolus malus* d'avec le *dolus bonus*, qui était celui qu'ils permettaient d'employer *pro solertia*, pour défendre des intérêts légi-

times, surtout contre un ennemi ou un voleur : *maxime si quis adversus hostem aut latronem quis machinetur* (L. cit. *supra*).

Il est notable, en effet, que le mot: *dol*, n'est jamais seul dans les textes latins pour désigner cette espèce de vice du consentement; on le voit toujours accompagné du mot: *malus* (comp. les titres du Digeste : *De dolo malo; De doli mali* et *metus exceptione*).

Cette distinction n'existe pas dans nos lois ni dans notre langue; et le mot: *dol*, que l'on emploie toujours seul, y emporte, par lui-même, l'idée d'une manœuvre astucieuse et illicite (comp. pourtant Toullier, t. V, n° 160-161).

168. — Tout au plus, pourrait-on appliquer cette distinction, en remarquant qu'il ne faut pas confondre, avec le dol proprement dit, cette habileté, cette finesse, ce savoir-faire, qui ne sont pas défendus dans les conventions humaines, puisqu'ils en constituent précisément la liberté!

Ce serait là encore, chez nous, si on voulait maintenir la terminologie romaine, le *dolus bonus*, par opposition aux manœuvres plus précises et plus caractérisées, qui, en sortant des habitudes ordinaires de la vie, constituent le dol proprement dit, *dolus malus* (comp. *infra*, n° 179).

Et encore, la distinction romaine, ainsi entendue, serait-elle détournée de son vrai sens; et le mot : *dol*, y recevrait, pour ainsi dire, dans notre langue, une sorte de réhabilitation, que nous n'avons certes nulle envie de lui procurer!

Laissons-le donc, avec sa signification toujours honteuse, de ruse et de tromperie coupables!

169. — *Dol et fraude*, dit-on souvent; et la synonymie de ces expressions est, en effet, encore une nouvelle preuve de l'intention mauvaise, que le dol implique nécessairement chez nous (comp. art. 1353).

Peut-être, néanmoins, ces deux expressions, quoiqu'on les emploie parfois l'une pour l'autre, ne sont-elles pas absolument synonymes; et on pourrait remarquer que le mot: *dol*, sert plus particulièrement à désigner les manœuvres pratiquées par l'une des parties contractantes envers l'autre; tandis que le mot : *fraude*, désigne plus particulièrement les manœuvres ou les actes de mauvaise foi commis au préjudice d'un tiers, c'est-à-dire au préjudice d'une personne, hors sa présence et sans son concours (comp. les art. 1167, 1464; Bédarride, *Traité du Dol et de la Fraude*, t. I, n° 12).

170. — C'est, disons-nous, l'intention de tromper, qui est caractéristique du dol; et l'article 1116 ne le reconnaît en effet que dans les *manœuvres pratiquées par l'une des parties* pour déterminer l'autre à contracter.

D'où il faut conclure qu'il ne reconnaît pas ce que l'on appelle le *dol réel*.... le *dolus re ipsa*.

J'ai fait avec vous un contrat quelconque, de vente ou autre, sans pratiquer aucune manœuvre pour déterminer votre consentement.

Mais ce contrat vous est très-désavantageux; il vous cause une lésion considérable, soit par votre faute, votre ignorance ou votre imprudence, soit même par suite de manœuvres dolosives, qu'un tiers a pratiquées, à mon insu, envers vous.

Pouvez-vous, si j'en réclame l'exécution, en demander la nullité pour cause de dol?

Les jurisconsultes romains répondaient affirmativement, et qu'il y avait un dol suffisant pour entraîner la nullité du contrat, dans ce fait seul que la partie, lors même qu'elle n'avait pratiqué aucune manœuvre, au moment de la formation du contrat lésionnaire, demandait ensuite à en profiter.

« ..... *Idem est*, disait Ulpien, *etsi nullus dolus intercessit stipulantis; sed ipsa res in se dolum habet...* » (L. 36, ff. *De verb. obligat.*)

Et il ajoutait :

« *Nam, etsi inter initia nihil dolo facit, attamen nunc* « *petendo facit dolose...* » (L. 2, § 5, ff. *De doli mali et met. except.*)

Ce sentiment était aussi celui de Pothier, dans notre ancien droit (n° 31).

Mais il serait contraire aujourd'hui au texte formel :

Soit de l'article 1116, qui n'admet, comme cause de rescision, que le dol qui a déterminé le contrat.... *dans causam contractui;*

Soit de l'article 1118, qui n'admet la lésion comme cause de rescision que dans des cas exceptionnels que nous ne supposons pas ici.

Si équitable que l'ancienne doctrine puisse paraître, elle ne serait donc plus juridique.

171. — C'est ce qu'enseigne aussi Duranton (t. IX, n° 179).

Mais le savant auteur, modifiant l'hypothèse qui précède, ajoute que :

« Si j'ai contracté avec quelqu'un qui n'a point, à la vérité, employé de manœuvres pour me circonvenir, mais qui m'a cependant induit en erreur sur un fait dont la croyance seule a pu me porter à contracter, je puis, selon les circonstances, demander la résiliation, encore que l'erreur ne tombât que sur le simple *motif* de cet engagement et non sur la cause qui en formait le lien; car celui qui, par sa faute, son imprudence ou sa négligence, a causé un dommage, est obligé de le réparer (art. 1382-1383); or, la réparation, dans ce cas, consiste à me libérer de mon engagement » (t. X, n° 188).

Que cette solution puisse être admise, en effet, *suivant les circonstances*, nous ne voulons pas le nier.

Mais il importe, toutefois, de remarquer que, dans l'hypothèse proposée par Duranton, le contrat ne présente, en réalité, aucune cause de rescision, résultant d'un vice de consentement :

Pas de dol, puisqu'on ne suppose pas de manœuvres pratiquées envers la partie pour la déterminer à contracter;

Pas d'erreur, puisque cette partie ne s'est trompée que sur le motif de son engagement et non sur la substance de la chose.

De sorte que, en admettant même, ce qui n'est pas impossible, sans doute, (quoique l'application dût en être, suivant nous, difficile et rare!) que cette partie eût été déterminée à contracter par l'imprudence et par la faute de l'autre, elle n'aurait, en effet, contre elle qu'une action personnelle en dommages-intérêts, aux termes de l'article 1382; action, dont le résultat, il est vrai, pourrait être, entre les parties contractantes elles-mêmes, d'amener la rescision du contrat, mais qui ne pourrait pas produire ce résultat soit à l'encontre des tiers-acquéreurs, soit même à l'encontre des autres créanciers de la partie contractante! (Comp. *infra*, n° 190.)

172. — Quant aux moyens, aux ruses et aux artifices, dont le dol se sert pour tromper, il serait bien impossible de les définir et de les prévoir!

Que le dol soit positif ou négatif;

Qu'il entreprenne de faire croire ce qui n'est pas ou de faire ignorer ce qui est;

Qu'il consiste dans des affirmations mensongères ou dans des dissimulations ou des réticences fallacieuses, il n'importe! (Comp. art, 1643; *infra*, n° 186; Cass., 5 décembre 1838, Bourdonnaye, Dev., 1838, I, 951; Cass., 12 janvier 1863, Picque, Dev., 1863, I, 249.)

173.—Ajoutons même une observation que nous avons déjà faite, en ce qui concerne la violence (*supra*, n° 145).

C'est qu'il s'agit ici du *dol civil* et non point du *dol criminel*.

Nous n'avons donc pas à rechercher si les manœuvres qui auraient été pratiquées pour déterminer une partie à contracter, réunissent les éléments constitutifs de l'escro-

querie ou de l'abus de confiance, d'après l'article 405 du Code pénal.

Notre point de vue est tout autre! et il suffit que ces manœuvres, alors même qu'elles ne constitueraient pas un délit, aient un caractère de déloyauté assez grave, pour que la rescision du contrat doive être prononcée (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Dol et escroquerie;* Toullier, t. III, n° 95; Larombière, t. I, art. 1116, n° 2).

174. — Est-il besoin de remarquer que l'appréciation des divers éléments, d'où le dol peut résulter, suivant les cas, appartient souverainement aux juges du fait, sans que leur décision puisse être, de ce chef, déférée à la Cour de cassation (comp. Cass., 1er février 1832, Ruby, D., 1832, I, 371; Cass., 5 décembre 1838, Bourdonnaye, Dev., 1838, I, 951; Cass., 20 mars 1865, Bayle-Labasse, Dev., 1865, I, 209).

Cela est effectivement d'évidence, en tant que les juges du fait se renferment dans l'appréciation des éléments qui, d'après la nature même des choses et les notions généralement reçues en cette matière, sont constitutives du dol!

Car il en serait autrement, et leur décision pourrait être, au contraire, déférée à la Cour suprême, s'ils avaient appliqué la qualification de dol à des faits qui, même en les prenant tels que leur décision les aurait constatés, n'offriraient pas ce double caractère de manœuvres malhonnêtes, pratiquées par l'une des parties pour déterminer l'autre partie à contracter; tel est, en effet, le double caractère essentiellement constitutif du dol, d'après le texte même de l'article 1116 (comp. Cass., 4 juin 1810, Sirey, 1810, I, 377; Cass., 5 février 1811, Sirey, 1811, I, 153; Cass., 8 février 1832, Dev., 1832, I, 184; Duranton, t. X, nos 168 et 184).

175. — Nous venons de mettre en relief la première condition du dol, à savoir : Qu'il implique nécessairement une intention déloyale.

Il faut maintenant que nous expliquions la seconde condition, à savoir : qu'il est nécessaire que le dol ait déterminé la partie, envers laquelle il a été pratiqué, à contracter.

C'est la distinction célèbre entre le *dolus dans causam contractui* et le *dolus incidens in contractum* (comp. Huberus, sur le tit. du Digeste, *De dolo malo*, n° 4 ; Voët, *h. t.*, 4) :

L'un, le dol *principal*, qui a été le mobile déterminant du contrat, et sans lequel le contrat n'aurait pas eu lieu ; l'autre, le dol *incident* ou *accidentel*, qui n'a pas déterminé le contrat, mais par suite duquel la partie a été amenée à le consentir sous des conditions plus désavantageuses.

L'article 1116 s'y réfère évidemment, lorsqu'il exige que les manœuvres pratiquées par l'une des parties aient été telles, *qu'il soit évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie* N'AURAIT PAS CONTRACTÉ ; ce qui ne veut pas dire : *n'aurait pas contracté* AUX MÊMES CONDITIONS, mais bien : *n'aurait pas contracté* DU TOUT !

Cette distinction, d'ailleurs, est logique et prévoyante :

Elle est logique ; car le dol n'est une cause de nullité du contrat, que parcequ'il a surpris le consentement de la partie ; or, on ne peut pas dire que le consentement de la partie a été surpris, lorsqu'il est évident qu'elle aurait consenti, indépendamment même de ce dol !

Elle est prévoyante ; car il y aurait les plus grands dangers, pour la stabilité des conventions et pour le repos des familles, à admettre que toute espèce de dol, même seulement incident ou accessoire, dans les contrats, pourrait devenir une cause de nullité !

176. — Il faut convenir, toutefois, qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer, dans la pratique, le dol principal d'avec le dol incident.

C'est aux magistrats, à leur expérience, à leur discernement, qu'il appartient encore ici de prononcer, en fait, d'après les circonstances. (Comp. *supra*, n° 174.)

Ce que l'on peut dire, en thèse générale, c'est que le dol principal, *dolus dans causam contractui*, est celui qui fait naître l'idée et l'intention de contracter chez une partie qui n'y songeait pas, le dol qui va la chercher et qui lui fait les premières ouvertures. Ce n'est pas qu'il ne puisse y avoir dol principal qu'autant que l'initiative de la proposition du contrat est venue de celui qui l'a pratiqué; mais du moins cette circonstance en sera-t-elle souvent l'un des plus graves indices !

Tandis que le dol incident, au contraire, *dolus incidens in contractum*, est celui qui s'exerce, afin de modifier, d'une manière désavantageuse, les conditions du contrat, au préjudice d'une partie, qui avait annoncé l'intention d'y consentir ; qui, peut-être, en avait elle-même fait la proposition ; et qui, dans tous les cas, était déjà décidée à faire le contrat, parce que la chose, par exemple, qui en était l'objet, lui était nécessaire ou se trouvait à sa convenance; c'est en ce sens que les manœuvres pratiquées envers un acheteur par un vendeur, afin d'obtenir un prix plus élevé dans un contrat de vente déjà arrêté, *ut pluris venderet*, ne constitueraient généralement qu'un dol incident (comp. l. 13, § 4 et 5, ff. *De contrah. empt.*)

Nous savons bien que l'on peut objecter que la partie, qui était décidée d'abord à contracter, n'aurait peut-être pas voulu y consentir, aux conditions qu'elle a acceptées, sans les manœuvres qui ont été pratiquées envers elle, et qu'elle aurait, au contraire, refusé son consentement, si elle n'avait pas été trompée, par ces manœuvres, dans la formation même du contrat !

Aussi est-ce là surtout une question d'appréciation ; il faudra voir notamment sur quel objet la partie a été trompée et l'importance relative de cet objet dans le contrat. (Comp. Cass., 11 mars 1862, Marroc, Dev., 1862, I, 136; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 92, note *a;* Chardon, t. I, n° 17; Duranton, t. X, n°s 169-170;

Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 558; D., *Rec. alph.*, vº *Obligations*, nº 205; Larombière, t. I, art. 1116, nº 3.)

177. — De ce que le dol seulement incident n'est pas une cause de nullité du contrat, il ne faut pas, d'ailleurs, conclure que la partie envers laquelle il a été pratiqué, soit dépourvue de toute action; elle peut, au contraire, demander des dommages-intérêts contre l'auteur du dol, pour la réparation du préjudice qu'il lui a causé.

Cette action, qui lui a été, de tout temps, reconnue, soit en droit romain (L. 13, § 3, ff. *De contrah. empt.*), soit dans notre ancien droit français (Pothier, nº 31), dérive certainement encore pour elle, dans notre droit nouveau, de la disposition générale de l'article 1382. (Comp. *supra*, nº 144; Cass., 31 janv. 1853, Lemaire, Dev., 1853, I, 349; Delvincourt, t. II, p. 679; Toullier, t. III, nº 91; Duranton, t. X, nº 170; Larombière, t. I, art. 1116, nº 3; Demante et Colmet de Santerre, t. V, nºs 26 et 26 *bis*, I.)

178. — Ajoutons, toutefois, que l'on ne saurait considérer comme un dol incident, proprement dit, susceptible de donner naissance à une action en dommages-intérêts, toute espèce d'indélicatesse ou même de mauvaise foi dans les conventions!

Il est de la nature, ou plutôt même de l'essence des conventions commutatives, que la lutte des intérêts contraires s'engage entre les deux parties qui les représentent; cette lutte, c'est la liberté même du commerce! et il en résulte nécessairement que chacune d'elles s'emploie à faire sa condition meilleure que celle de l'autre. De là ces procédés, par lesquels le plus souvent le vendeur exalte la qualité de sa chose, dissimule ou atténue ses défauts; tandis que l'acheteur ne se fait pas faute de la déprécier, afin d'obtenir, chacun de son côté, un marché plus avantageux... *Quod minoris sit*,

pluri svendere; quod pluris sit, minoris emere, disait Ulpien (L. 22, ff. *Locati;* L. 8. Cod. *De rescind. vendit.*).

C'est en ce sens que le même jurisconsulte disait encore : *In pretio emptionis et venditionis, licet naturaliter contrahentibus se circumvenire.* (L. 16, § 4, ff. *De minor. viginti quinque annis.*)

Et cela est vrai de tous les contrats !

Ce n'est pas certes que l'on puisse approuver ces façons d'agir, que la morale païenne avait elle-même déjà désavouées ; et, à la maxime que nous venons d'emprunter à Ulpien dans le Digeste, nous aimons à opposer cette autre maxime, que nous empruntons à Cicéron, dans son admirable traité *De officiis :*

« *Ita nec ut emat melius, nec ut vendat quidquam, simulabit vir bonus* » (Lib. III, c. xv).

Mais tout autre est le point de vue de la morale; et tout autre le point de vue de la loi civile!

Il est évident que la loi civile serait impuissante à réprimer ces sortes de pratiques dans les conventions, soit parce que le prix de ce qui peut en être l'objet, des choses, des faits ou des abstentions, n'a rien d'invariable, et qu'il est, au contraire, toujours relatif; soit parce que aucun contrat n'eût été à l'abri de la rescision, si on eût donné passage à des récriminations de ce genre! (Comp. *supra*, n° 135.)

« Une partie, dit Pothier, ne doit pas être écoutée à « se plaindre de ces légères atteintes que celui avec qui « elle a contracté, aurait données à la bonne foi ; autre- « ment, il y aurait un trop grand nombre de conven- « tions, qui seraient dans le cas de la rescision ; ce qui « donnerait lieu à trop de procès, et causerait un déran- « gement dans le commerce » (n° 39).

179. — La distinction, il est vrai, pourra être parfois délicate, dans *le dol incident,* entre celui qui peut donner lieu à une action en dommages-intérêts et celui qui n'y peut pas donner lieu; de même que nous avons vu que

la distinction peut être délicate entre le dol principal et le dol incident (*supra*, n° 168).

Mais le moyen de solution est, pour les deux cas, le même; c'est dans les faits de chaque espèce, dans leur caractère dolosif, plus ou moins prononcé, qu'il appartient aux magistrats de le découvrir.

Ce qu'il faut rechercher notamment, c'est :

1° Si la partie, contre laquelle des dommages-intérêts seraient demandés pour cause d'*un dol incident*, s'est bornée à ces allégations plus ou moins vagues, à ces recommandations banales, qui ne sortent pas des habitudes ordinaires du commerce et des relations humaines ; ou si elle a, au contraire, avancé des affirmations positives, qui revêtent un caractère exceptionnel de fourberie, et *qui blessent*, dit Pothier, *ouvertement la bonne foi!* (n° 20) ;

2° Si la partie, qui se plaint, pouvait, plus ou moins facilement, ou ne pouvait pas vérifier elle-même l'exactitude, soit des affirmations, soit des dissimulations de l'autre (comp. art. 1642 ; Cass. 14 juill. 1862, Brulin, Dev. 1862, I, 849);

3° Si le préjudice, qui en est résulté, est plus ou moins grave, et de nature à être pris en considération (comp. Cass., 31 janv. 1853, Lemaire, Dev., 1854, I, 349);

4° Si, enfin, les affirmations ou les dissimulations de la partie se rapportaient à l'objet même du contrat et à ses éléments intrinsèques, ou si elles ne se rapportaient qu'à des circonstances extrinsèques et indépendantes du contrat considéré en lui-même. C'est ainsi que le marchand, qui arrivait à Rhodes, dans un temps de disette, avec un vaisseau chargé de blé, sachant que d'autres vaisseaux également chargés de blé suivaient le sien, n'était pas tenu d'avertir les Rhodiens de cette circonstance, et avait pu vendre son blé au prix élevé qu'il y avait mis! La question, il est vrai, fut débattue; et Cicéron, qui rapporte les divergences qu'elle fit naître, paraît même in-

cliner à croire que cette dissimulation constituait un dol caractérisé (IIIe livre, *De officiis*).

Mais Pothier, si scrupuleux pourtant! remarque que « l'opinion de Cicéron souffre beaucoup de difficultés, « *même dans le for de la conscience*, et que la plupart de « ceux qui ont écrit sur le droit naturel, l'ont regardée « comme outrée. » (*De la Vente*, n° 242.)

A plus forte raison, serait-elle outrée *dans le for extérieur*, et d'après le droit positif!

180. — Finalement donc, et pour conclure, nous distinguerons trois nuances ou trois degrés dans le dol; à savoir :

1° Le dol principal, qui peut donner lieu à la rescision du contrat;

2° Le dol incident, *illicite*, qui peut donner lieu à des dommages-intérêts;

3° Le dol incident, nous ne dirons pas *licite!* mais du moins *toléré*, (si même il est permis de l'appeler de ce nom), qui ne donne lieu à aucune action (comp. *supra*, n° 178).

181. — Des développements qui précèdent, il résulte que le dol n'est lui-même un vice du consentement, et ne devient une cause de nullité du contrat, que parce qu'il produit l'erreur; c'est, en effet, parce que la partie a été *trompée* par le dol, qu'elle se plaint!

D'où l'on a voulu conclure que le dol se confond avec l'erreur, et qu'il n'y a, en réalité, que deux vices du consentement, d'où puisse résulter l'action en nullité ou en rescision du contrat, à savoir : l'erreur et la violence.

Cette déduction, qui peut bien être vraie, sous quelques rapports, philosophiquement, serait toutefois juridiquement très-fausse!

Remarquons d'abord que l'article 1109 présente textuellement le dol comme un troisième vice du consentement, distinct de l'erreur.

Et c'est très-justement!

L'erreur, en effet, toute seule, l'erreur simple n'est un vice du consentement et une cause de nullité du contrat que sous certaines conditions et dans certains cas limitativement définis; à savoir, lorsqu'elle tombe : 1° sur la nature du contrat; 2° sur le corps même de la chose; 3° sur ses qualités substantielles; 4° sur la cause (*supra*, nos 86 et suiv.);

Tandis que l'erreur, compliquée de dol, et qui en est le résultat, peut devenir un vice du consentement et une cause de nullité du contrat, dans d'autres cas encore, à savoir, lorsqu'elle tombe : 1° sur les motifs qui ont porté la partie à contracter; comme si je n'ai acheté de vous un cheval, que parce que je croyais, trompé par votre dol, que mon cheval avait péri; 2° sur les qualités accidentelles de la chose; 3° sur ses vices cachés, dans le cas où le vendeur les connaissant, aurait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie (art. 1643).

Voilà donc trois cas, dans lesquels le dol est un vice du consentement et une cause de nullité du contrat, qui ne saurait être confondu avec l'erreur.

182.—M. Larombière remarque que le dol, postérieur à la formation du contrat, n'est pas une cause de nullité et *ne réagit pas sur la validité de la convention* (t. I, art. 1116, n° 4).

Cela est d'évidence! car le dol postérieur au contrat ne saurait vicier le consentement qui a formé ce contrat; et il est bien clair qu'il n'a pas été le *dolus dans causam contractui*.

183. — *b.* — Pour que le dol soit une cause de nullité du contrat, il faut qu'il ait été pratiqué *par l'une des parties*.

Si donc, dans une vente, le dol par suite duquel le consentement de l'acheteur a été surpris, n'a pas été pratiqué par le vendeur, la vente n'est pas rescindable pour cette cause; de même qu'un contrat de société formé entre plusieurs personnes, ne serait pas rescindable, si le dol,

par suite duquel un associé aurait consenti, avait été pratiqué par un tiers, ou même par l'un ou quelques-uns des autres associés seulement.

La partie trompée pourra sans doute avoir, en vertu de l'article 1382, une action en dommages-intérêts contre celui qui a commis le dol ; mais elle ne pourra pas demander la nullité du contrat contre l'autre partie qui n'y a point participé.

Voilà une différence caractéristique entre la violence et le dol (comp. *supra*, n° 157).

Elle a d'ailleurs toujours été faite.

En droit romain, tandis que l'édit du Préteur *Quod metus causa*, était conçu *in rem*, *generaliter*, l'édit *de dolo malo* était conçu, au contraire, *in personam ;* et le *dolus adversarii*, était le seul qui pût donner lieu à la restitution (L. 2, § 1, ff. *de doli mali et met. except.* ; L. 5, *Cod. de rescind. vendit.*).

Notre ancien droit français l'avait aussi maintenue (comp. Pothier nos 23 et 32).

Et on la retrouve encore expressément consacrée dans les articles 1113 et 1116 de notre Code.

184. — Mais quel est philosophiquement le motif de cette différence ?

Il n'est pas sans intérêt de chercher à s'en rendre compte ; car, si quelques-uns la trouvent toute simple et déclarent qu'elle *tient à la nature même de ces vices* (Duranton, t. X, n° 174 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 212) ;

D'autres en contestent absolument l'exactitude, à ce point qu'un auteur moderne reproche aux rédacteurs du Code Napoléon, d'avoir *suivi trop servilement les anciennes traditions, et d'avoir été trop préoccupés des préjugés de l'habitude et de la subtile raison des lois romaines* (Larombière, t. I, art. 1116, n° 8).

La vérité est que l'explication, qui en est généralement fournie, et que nous avons nous-même rappelée inci-

demment (dans notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 255), pourrait bien, quoiqu'elle remonte à Pothier (n° 29), ne point paraître, de tous points, satisfaisante.

Ce que l'on dit, en effet, généralement, c'est que le dol, à la différence de la violence, n'empêche pas que la partie envers laquelle il a été pratiqué, n'ait effectivement consenti! le consentement n'en existe pas moins; et le contrat, en conséquence, est formé.

« Mais, ajoute Pothier, si ma promesse m'engage envers vous, le dol que vous avez commis envers moi, en surprenant de moi cette promesse, vous engage à m'indemniser, et par conséquent à me décharger de cette promesse. » (*Loc. supra cit.*)

Demante exprime la même idée, dans des termes encore plus explicites :

« Il est juste, dit-il, que la partie trompée soit indemnisée par l'auteur des manœuvres; et lorsque l'auteur des manœuvres est la partie même envers laquelle l'engagement a été contracté, l'indemnité doit naturellement consister dans l'anéantissement de l'obligation; c'est en ce sens que le dol est une cause de nullité des conventions » (t. V, n° 26; Colmet de Santerre, nos 26 et 27 *bis*, III).

On peut voir la même explication dans une récente monographie de notre regrettable collègue, Vernet (*Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*, p. 243).

Mais cette explication soulève deux objections graves :

D'abord, est-ce que le consentement, considéré en soi, subsiste plus, lorsqu'il a été surpris par dol que lorsqu'il a été extorqué par violence? cela ne paraît guère admissible; et même c'est la proposition inverse, qui serait peut-être la plus vraie; car la violence qui contraint la volonté, en présuppose par cela même l'exercice; *coactus volui, sed volui!* tandis que le dol, qui avoisine l'erreur et qui même se confond avec elle, serait plutôt destructif de la volonté elle-même (comp. *supra*, n° 181).

Et puis, à considérer que le dol n'engendre, au profit de la partie contre laquelle il a été pratiqué, qu'une action personnelle en indemnité contre la partie, qui l'a pratiqué, et que ce n'est qu'à titre de payement de cette indemnité, qu'il produit, contre elle, la nullité du contrat, on peut arriver, et plusieurs sont arrivés, en effet, à une conséquence tout à fait inexacte, à savoir : que cette action en nullité ne peut pas être exercée contre les tiers, sous-acquéreurs, ou autres ayants cause à titre particulier, qui tiennent leurs droits de la partie qui a rati-qué le dol (comp. *infra*, n° 190).

Il faut donc nécessairement rectifier l'explication qui précède, pour en écarter ces deux objections.

Ce que nous croyons, pour notre part, c'est que le législateur n'a pas considéré seulement, d'une manière absolue, les vices du consentement en lui-même, mais qu'il a considéré aussi, d'une manière relative, l'origine de ces vices et les circonstances, plus ou moins aggravantes, qui ont pu les produire.

Et c'est d'après cette donnée, qu'il a établi la différence entre la violence et le dol.

Par quels motifs a-t-il voulu que la violence fût une cause de nullité de la convention, lors même qu'elle n'aurait pas été exercée par l'une des parties? nous l'avons déjà dit (*supra*, n° 158).

Eh bien! c'est par des motifs semblables, en sens contraire, qu'il a voulu que le dol ne fût une cause de nullité, que lorsqu'il aurait été pratiqué par l'une des parties.

Il a considéré, en effet :

1° Que la partie, qui s'est laissé tromper, n'est pas exempte de reproches, et qu'elle aurait pu être plus clairvoyante et moins crédule ;

2° Que l'auteur du dol est toujours connu ;

3° Que l'on est généralement aussi autorisé à présumer qu'il n'est pas insolvable ;

4° Que le dol ne trouble pas le bon ordre de la société, autant que la violence et qu'il n'est pas nécessaire de le réprimer aussi sévèrement.

Telle est, suivant nous, la véritable explication de cette différence traditionnelle entre le dol et la violence, qui sont finalement, l'un et l'autre, à un égal degré, des causes de nullité du contrat, lorsqu'ils réunissent les conditions requises par la loi.

Notre savant collègue, M. Gide, l'a fort élégamment résumée, dans un article sur l'ouvrage de Vernet, que nous venons de citer :

« Qu'un homme, dit-il, soit poussé à souscrire un engagement par des menaces ou par des mensonges, dans les deux cas, il consent ; car, en contractant, il fait ce qu'il a voulu faire ; aussi, si son contrat est rescindé par la loi, ce n'est point parce que son consentement a fait défaut ; car, si sa crainte ou son erreur avait été spontanée, si sa crainte n'avait pas été causée par des menaces et des violences, son erreur par des intrigues et des manœuvres dolosives, son consentement, pris en lui-même, aurait été tout aussi défectueux ; et cependant ce contrat eût été inattaquable. Les actions *de dolo* et *quod metus causa* ont donc pour cause non-seulement le vice du consentement considéré en lui-même, mais les faits, qui ont produit ce vice, faits coupables, dangereux et qu'il importe de réprimer. Si, maintenant, cette répression est plus énergique pour les actes de violence que pour les actes de dol, rien de plus naturel et de plus logique ; car les actes de violence apportent, dans les relations sociales, un trouble bien plus grave et plus alarmant. » (*Revue pratique de Droit français*, 1865, t. XIX, p. 239.)

Cette explication de la doctrine romaine nous paraît aussi satisfaisante pour la doctrine française (comp. Bédarride, *Traité du Dol et de la Fraude*, t. I, nos 33, 34 ; Delvincourt, t. II, p. 463 ; Duranton, t. X, n° 176, Marcadé, art. 1116, n° 1 ; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 215).

185. — Il faut donc que le dol soit personnel à l'une des parties.

Mais on devrait certainement considérer comme tel le dol même, qui aurait été pratiqué par un tiers, si l'une des parties y avait participé ; car elle l'aurait aussi pratiqué elle-même par sa connivence et sa complicité !

186. — Bien plus ! la partie qui, ayant eu connaissance du dol pratiqué par un tiers pour déterminer l'autre partie à contracter, n'en aurait pas averti celle-ci, devrait être considérée comme y ayant participé elle-même.

Comment ! un tiers vous trompe, en ma présence, par des affirmations mensongères sur l'objet du contrat, que nous allons faire ensemble; et néanmoins, je conclus avec vous ce contrat, sans vous en rien dire, profitant ainsi des manœuvres frauduleuses, dont je vois que vous êtes l'objet.

Qui voudrait prétendre que je ne m'en suis pas rendu complice par ma frauduleuse réticence (comp. *supra*, n° 172; Cass., 5 déc. 1838, Bourdonnay, Dev., 1838, I, 951; Duranton, t. X, n°s 177, 178; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 214 ; Larombière, t. I, art. 1114, n° 8).

187. — Mais le dol a été pratiqué par le mandataire, conventionnel ou légal, de l'une des parties, son tuteur, par exemple, ou son mari, sans que cette partie en ait eu connaissance.

Lui sera-t-il opposable ?

Il faut distinguer :

Oui, en ce sens que la nullité du contrat pour cause de dol pourra être demandée contre elle ; car elle a été représentée par son mandataire, dans la formation même de ce contrat ; et la conséquence logique en est que tout ce que son mandataire a fait pour obtenir, en effet, la formation du contrat, elle est censée l'avoir fait elle-même; c'est le cas de dire : *factum tutoris, factum pupilli*;

Non, en ce sens qu'elle ne sera pas responsable des dom-

mages-intérêts, qui pourraient être dus par le mandataire, en raison du dol commis par lui; car, ce dol lui est personnellement imputable; et la partie, qui ne lui avait pas donné mandat pour le commettre, n'a pas été représentée par lui dans la perpétration de son dol (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle,* etc., t. II, nos 125-127; L. 15, ff. *de dolo malo;* Delvincourt, t. II, p. 679; Duranton, t. X, n° 186; Larombière, t. I, art. 1116, n° 10).

188. — D'après l'article 1116, le *dol ne se présume pas, et il doit être prouvé.*

Sans aucun doute!

Mais il en est de même de l'erreur et de la violence.

Pourquoi donc avoir décrété spécialement pour le dol, une proposition si évidente!

C'est que les rédacteurs vraisemblablement l'ont empruntée à Pothier (n° 30), qui pouvait exprimer, dans un traité de doctrine, certaines propositions, qu'il n'était pas très-utile peut-être de reproduire dans un Code de lois!

Ce dernier alinéa de l'article 1116 n'est donc pas, en effet, très-utile; ce qu'il signifie seulement, c'est que le dol *ne se suppose pas*, et qu'il doit être prouvé clairement.... *perspicui indiciis.* (L. 6, Cod. *de dolo malo.*)

Mais n'en concluons pas certes qu'il ne puisse pas être prouvé au moyen de *présomptions;* l'article ainsi entendu ne serait pas seulement inutile; il serait faux! car de tous les genres de preuve, qui peuvent être fournis pour établir le dol, ce sont précisément la preuve testimoniale et les présomptions qui sont les plus fréquentes, et les seules, en effet, le plus souvent que la partie puisse fournir! (art. 1348, 1353; comp. Cass., 1er fév. 1832, Ruby, Dev., 1832, I, 371; Cass., 20 mars 1865, Bayle-Labasse, Dev., 1865, I, 208).

189. — *c.* Le dol produit, comme l'erreur et la violence, une action en nullité ou en rescision du contrat auquel il a donné lieu (art. 1117, 1138, 1304).

Et cette assimilation du dol avec l'erreur et la violence ne soulève, en effet, aucune difficulté, lorsqu'il ne s'agit que d'une question d'obligation personnelle ou même d'aliénation, à vider entre les parties contractantes elles-mêmes ou leurs héritiers et successeurs universels ou à titre universel (art. 724, 1220, etc.)

190. — Mais une sérieuse controverse s'est, au contraire, élevée, lorsqu'il s'agit de savoir si la rescision du contrat prononcée pour cause de dol, est opposable aux tiers qui ne sont que les successeurs à titre particulier de la partie contractante.

Paul a acheté un immeuble de Pierre; il l'a ensuite vendu lui-même ou donné à Jules; et voilà que Pierre fait rescinder, pour cause de dol, la vente qu'il a consentie à Paul.

Cette rescision sera-t-elle opposable à Jules, le sous-acquéreur, s'il est de bonne foi?

Supposons même que Pierre l'a mis en cause, comme il convient de faire en cas pareil, et qu'il conclut à ce que la décision à intervenir contre Paul, soit déclarée commune à Jules.

La question est débattue; et Duranton y consacre, en effet, de longs développements, *parce qu'il l'a vu, dit-il, l'objet d'une vive controverse dans la Faculté de droit de Paris, sous prétexte que le dol n'est point un vice du consentement; qu'il produit uniquement des effets personnels; qu'il peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts; et que c'est dans ces dommages-intérêts, que se trouve ainsi comprise l'annulation du contrat; mais que cette annulation et les effets, qui s'ensuivent, n'ont lieu qu'entre les parties et leurs héritiers.* » (T. X, n° 180; comp. Delvincourt, t. II, p. 679; Marcadé, art. 1116, n° 2.)

Mais notre regretté collègue ajoute :

« *Tout cela est arbitraire!* »

Et nous sommes complétement de cet avis.

Cette solution nous paraît, en effet, contraire, soit aux

textes mêmes de notre Code, soit aux principes sur lesquels ils sont fondés :

1° Aux termes de l'article 1116, le dol *est une cause de nullité de la convention*; et l'article 1117 ajoute que la convention contractée par erreur, violence ou *dol*, donne lieu *à une action en nullité ou en rescision*;

Or, aux termes de l'article 2125, ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, *ou sujet à rescision*, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions *ou à la même rescision;* et ce que l'article 2125 décide de l'hypothèque, est évidemment aussi vrai de l'aliénation (comp. art. 1681, 2182);

Donc, le droit du sous-acquéreur doit tomber par l'effet de la rescision prononcée pour cause de dol, du même coup qui fait tomber le droit de l'acquéreur! *Nemo plus juris in alium tranferre potest, quam ipse habet.*

2° On reconnaît cette règle, relativement à l'erreur et à la violence (comp. *supra*, n°s 130 et 157).

On veut seulement en excepter le dol. Mais il est manifeste que cette différence est impossible, en présence des articles 1109, 1117 et 1304, qui comprennent dans les mêmes termes, l'*erreur, la violence et le dol*, et qui les assimilent, en effet, sous ce rapport, de la manière la plus absolue!

3° En vain donc, on prétend que le dol, dans les contrats, n'engendre, contre celui qui l'a pratiqué, qu'une obligation personnelle de dommages-intérêts!

La proposition est vraie, quand le dol n'a pas été pratiqué par l'une des parties; et alors, en effet, nous pouvons dire, avec Paul : « *Dolus ei duntaxat nocere debet qui* « *admisit* (L. 9, ff. *Quæ in fraud. credit.*);

Mais elle est fausse, quand le dol a été pratiqué *par l'une des parties*, puisque nos articles disposent, en termes exprès, qu'il est alors *une cause de nullité ou de rescision de la convention.*

Une cause de nullité et de rescision!... d'où il suit qu'il est opposable, non-seulement à la partie elle-même, qui l'a commis, mais à la masse de ses créanciers personnels; et, en effet, la partie, une fois la rescision prononcée, ne sera pas seulement créancière de dommages-intérêts pécuniaires, pour lesquels il lui faudrait venir, par contribution, au marc le franc, avec les autres créanciers, si l'autre partie est insolvable; elle obtiendra, en vertu de son droit de propriété recouvré comme si elle ne l'avait jamais perdu, la pleine propriété de sa chose!

Or, s'il en est ainsi à l'encontre des créanciers personnels de la partie qui a pratiqué le dol, c'est donc que le droit, qui résulte de la rescision du contrat, au profit de l'autre partie, est réel;

Et s'il est réel, il doit être opposable aux sous-acquéreurs aussi bien qu'aux créanciers.

Cette conclusion nous paraît irrésistible; aussi l'appliquerons-nous à tous les acquéreurs, sans même distinguer, comme on a entrepris de le faire, d'après l'article 444 du Code de commerce, entre les acquéreurs, à titre onéreux et les acquéreurs à titre gratuit (comp. Toullier, t. VII, nos 549, 550; Bédarride, t. I, n° 177; Chardon, p. 151 et suiv.; Duranton, t. X, n° 180; Larombière, t. I, art. 1114, n° 12; Colmet de Santerre, t. V, n° 27 *bis*, III).

IV.

De la lésion.

SOMMAIRE.

196. — Suite. — De l'exception relative à certaines personnes.
197. — Suite. — De l'exception relative à certains contrats.
198. — Suite.
199. — Suite.
200. — Suite.
201. — Suite.
202. — Dans le cas où la lésion produit une cause de rescision du contrat, c'est d'un vice de consentement, qu'elle procède. — Conséquence.

191. — La lésion, suivant l'acception juridique de ce mot, est le préjudice qui résulte, pour l'une des parties, dans un contrat commutatif, de la disproportion de valeur entre *la dation, le fait*, ou *l'abstention*, auxquels elle s'engage envers l'autre partie, et *la dation, le fait*, ou *l'abstention*, auxquels cette partie s'engage envers elle (comp. art. 1104; *supra*, n° 26).

Il est notable que l'article 1109, qui s'occupe des vices du consentement, ne la mentionne pas.

Et de là nous pouvons conclure que la lésion n'est pas, en effet, comme l'erreur, la violence ou le dol, un de ces vices du consentement, qui produisent toujours une action en nullité ou en rescision du contrat.

Cette déduction est, d'ailleurs, confirmée par l'article 1118, qui s'exprime ainsi :

« La lésion ne vicie les conventions que dans cer-« tains contrats et à l'égard de certaines personnes, « ainsi qu'il sera expliqué dans la même section; » c'est-à-dire dans la section VII du chapitre V du présent titre (art. 1305 et suiv.)

192. — L'ancienne doctrine française n'était pas très-arrêtée en cette matière.

On s'accordait, il est vrai, généralement à reconnaître que la lésion *entre mineurs*, dit Pothier (n° 40), devait être toujours une cause de rescision des conventions.

Mais, *entre majeurs*, il y avait beaucoup de dissidences et d'incertitudes.

La règle, pourtant, paraissait être que la lésion devait aussi être admise comme cause de rescision entre ma-

jeurs, lorsqu'elle était *énorme*; et on la considérait comme énorme, lorsqu'elle excédait la moitié du juste prix, d'après la loi 2 au Code *De rescindenda venditione*, qui a été, dans l'ancienne jurisprudence, le point de départ et, en quelque sorte, le siége de toutes les controverses que ce sujet a fait naître.

Cette règle, toutefois, souffrait deux exceptions :

L'une, d'après laquelle la lésion était une cause de rescision, lors même qu'elle n'excédait pas la moitié du juste prix; c'est ainsi que les partages entre cohéritiers ou copropriétaires étaient rescindables pour lésion du *tiers au quart;*

L'autre, au contraire, d'après laquelle la lésion n'était pas une cause de rescision, lors même qu'elle excédait la moitié du juste prix, et quelque énorme qu'elle fût.

C'est ainsi que, d'après l'édit du mois d'avril 1560, les transactions n'étaient pas rescindables pour cause de lésion.

Il en était de même des contrats, dans lesquels, dit Pothier (n° 37), le prix de la chose, qui en fait l'objet, étant très-incertain, il est difficile et presque impossible de déterminer le juste prix; tels que le contrat de vente de droits successifs et tous les contrats aléatoires.

De même encore des contrats, qui ont pour objet des choses mobilières; d'où il était résulté aussi que le contrat de bail à ferme ou à loyer des immeubles n'était pas lui-même rescindable pour cause de lésion; car ces baux n'ont pour objet que les fruits de l'immeuble qui sont quelque chose de mobilier (comp. art. 446 de la Cout. d'Orléans; Pothier, *loc. supra cit.;* et du *Contrat de louage*, n° 36).

Cette seconde exception n'était pas, comme on voit, aussi précise, à beaucoup près, que la première; et delà même étaient venues toutes les incertitudes qui entouraient la règle elle-même.

Voilà comment, même quant aux meubles, plusieurs

voulaient admettre la rescision pour cause de lésion, lorsqu'il s'agissait, disaient-ils, de meubles précieux, tels que des bijoux, des diamants, etc. (Comp. Despeisses, t. I, p. 20; Pothier, *de la Vente*, n° 340.)

Et quant aux immeubles, c'était une des questions controversées de cette matière, que celle de savoir si le contrat de vente était rescindable, en faveur de l'acheteur, aussi bien qu'en faveur du vendeur, pour lésion d'outre-moitié; on n'est pas, en effet, forcé d'acheter, comme on peut être forcé de vendre! aussi, plusieurs refusaient-ils à l'acheteur l'action en rescision pour cause de lésion; et Pothier, qui la lui accordait, ajoutait lui-même qu'elle devrait lui être refusée, *lorsque ce qui excède le prix intrinsèque, est un prix d'affection* (comp. *des Obligations*, n° 38, et *de la Vente*, n° 373; Louet, lettre L, chap. x; Henrys et Bretonnier, IV, p. 215; Despeisses, I, p. 27).

193. — La législation intermédiaire abolit l'action en rescision pour cause de lésion d'outre moitié *entre majeurs, dans les contrats de vente ou équipollents à vente* (art. I de la loi du 14 floréal an III).

Mais cette abolition ne fut pas le résultat d'une doctrine quelconque, philosophique ou juridique, sur le caractère de l'action en rescision pour cause de lésion; elle n'eut d'autre motif que la crise financière de cette époque; la mobilité, que l'introduction du papier monnaie avait amenée dans la valeur relative de toutes choses, était telle, en effet, qu'il était devenu impossible de déterminer aucune proportion entre le prix convenu et la valeur réelle de l'objet du contrat!

Aussi, après que la crise fut passée, la loi du 3 germinal an V rétablit la règle de l'ancien droit, en décidant que la suspension provisoire de l'action en rescision pour cause de lésion d'outre moitié, ordonnée par la loi du 14 fructidor an III, était levée.

194. — Telles étaient les traditions anciennes sur

cette matière, lorsque les rédacteurs du Code Napoléon eurent à s'en occuper.

Pour cette fois, ce fut bien la thèse elle-même, dans tous ses éléments philosophiques, juridiques et économiques, qui devint l'objet des délibérations législatives.

Il faut voir la belle lutte, qui s'engagea entre les adversaires de la rescision des contrats pour cause de lésion, les partisans de cette rescision : d'un côté, Berlier; et de l'autre, Portalis! ce n'est pas, toutefois, sur notre article 1118, qu'elle fut la plus vive; c'est sur l'article 1674, lorsqu'il s'agit de savoir si l'action en rescision de la vente serait admise, soit en faveur du vendeur, soit même en faveur de l'acheteur, c'est-à dire sur le terrain même où cette thèse a été, en effet, dans tous les temps, le plus controversée (comp. *supra*, n° 192; Locré, t. XIV, p. 62 et suiv., et p. 161 et suiv.).

On peut, sans doute, invoquer, en faveur de cette cause de rescision, des arguments d'une certaine force :

1° Est-ce que, en effet, le consentement de la partie, qui a éprouvé cette lésion énorme d'outre moitié, n'est pas entaché d'erreur?

2° Ne pèche-t-il pas aussi par défaut de liberté, si, comme il arrive presque toujours, cette partie n'a contracté que sous la pression de circonstances impérieuses, qui lui faisaient chercher de l'argent à tout prix, ou par l'entraînement de quelque passion aveugle, impatiente de se satisfaire?

3° Et l'autre partie! est-elle donc exempte de reproche? ne peut-on pas l'accuser de dol, pour avoir exploité cette détresse ou cet égarement de son cocontractant! cela est si vrai que la lésion ultra-dimidiaire était, en effet, présentée autrefois comme une fraude.... *non læsio, sed potius deceptio*; et plusieurs coutumes, au lieu de se servir du mot *lésion*, avaient dit : *déception d'outre moitié!*

4° Enfin, puisque la réciprocité des *dations* ou des

prestations constitue la *cause* dans les contrats commutatifs, est-ce qu'il n'y a pas une imperfection et une insuffisance de cause dans cette énorme disproportion, par suite de laquelle l'une des parties se trouve lésée de plus de moitié!

Ces arguments ne sont pas, disons-nous, sans force; et ils avaient, en effet, touché autrefois les jurisconsultes de l'École française, aux yeux desquels la rescision pour cause de lésion se recommandait ainsi par de puissantes considérations d'équité et d'humanité.

Mais il est remarquable que les jurisconsultes de l'École allemande en ont toujours été beaucoup moins émus; et, au commencement du dernier siècle, un professeur de Hall, Christian Thomassius, publia, contre cette cause de rescision, une sorte de manifeste, dont la conclusion est que tous ces motifs de justice et d'humanité que l'on invoque à son aide, ne sont que de *l'équité cérébrine!* (73e dissertation : *De æquitate cerebrina*; on peut en voir l'analyse dans les observations présentées par M. Berlier au conseil d'État, Locré, t. XIV, p. 63 et suiv.)

La conclusion est extrême dans ses termes ! et toutefois, notre avis est qu'elle était assurément préférable à l'ancienne doctrine française, au double point de vue de la vérité juridique et de l'intérêt social.

Juridiquement d'abord, quand on soulève cette question de lésion, il est évident qu'il faut supposer qu'il n'y a, dans le consentement de la partie, ni erreur sur la substance de la chose, ni violence, ni dol; cela est, disons-nous, évident; car autrement, ce n'est plus de lésion qu'il s'agirait, mais d'erreur, de violence ou de dol! c'est bien là, en effet, ce que la théorie contraire reconnaît, lorsqu'elle s'efforce d'emprunter à chacun de ces vices, qui lui fait défaut, une petite dose, si j'osais dire ainsi, pour en faire un vice distinct, qui n'étant précisément ni l'erreur, ni la violence, ni le dol, serait tout à la fois un *composé* de ces trois vices.

Mais ce procédé est inadmissible! et la lésion doit être nécessairement considérée en elle-même.

Or, considérée en elle-même, qu'est-ce que la lésion autre chose qu'une différence dans la valeur de ce que l'une des parties donne et de ce qu'elle reçoit! différence toujours plus ou moins inévitable, et dont les éléments, incessamment variables et relatifs, sont aussi toujours d'une appréciation très-difficile et le plus souvent même impossible!

Que, *dans le for intérieur*, le droit naturel proteste contre cette différence, et qu'il décide qu'elle peut devenir une cause de rescision des conventions, on le conçoit!

Mais tout autre est le point de vue *du for extérieur!* ce qui doit surtout préoccuper le législateur, dans le gouvernement des intérêts humains, c'est le bon ordre de la société, dont la liberté et la stabilité des conventions sont l'une des bases fondamentales!

Concluons donc, que, dans le droit positif, la rescision pour cause de lésion ne saurait être admise en principe, et qu'il peut y avoir lieu seulement de l'admettre dans les cas exceptionnels, où les dangers, qui l'accompagnent, n'offriront pas le même caractère de gravité.

195. — C'est d'après ces considérations que l'article 1118 de notre Code a été décrété.

Il pose, en premier lieu, implicitement, mais certainement, comme règle générale, que la lésion ne vicie pas les conventions.

Et puis, il annonce que deux exceptions seront faites à cette règle :

L'une, relativement à certains contrats;

L'autre, relativement à certaines personnes.

196. — Et d'abord, *relativement à certaines personnes*, c'est-à-dire suivant la terminologie ancienne, *entre mineurs*, notre Code maintient la doctrine française; et il admet l'action en rescision pour simple lésion (comp. *supra*, n° 192; art. 1305 et suiv.).

C'est qu'il s'agit alors, non pas seulement d'une question de lésion, mais aussi d'une question d'incapacité personnelle.

Nous avons déjà exposé, en partie, ce sujet (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, nos 812 et suiv.).

Et nous y reviendrons encore (sur les articles précités).

197. — *Relativement à certains contrats*, c'est-à-dire *entre majeurs*, notre Code admet la rescision pour cause de lésion :

1° Dans les partages, conformément encore à l'ancienne doctrine française, pour lésion de plus du quart, en raison du caractère spécial de ces contrats, dont l'égalité est l'âme (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 414);

2° Dans la vente d'un immeuble, en faveur du vendeur, lorsqu'il est lésé, non pas seulement d'outre moitié, mais de plus des sept douzièmes.

C'est que, dans ce cas, non-seulement l'iniquité est flagrante! mais la réparation peut en être obtenue sans aucun des inconvénients qui ont fait proscrire, en général, l'action en rescision pour cause de lésion. Les immeubles, en effet, à la différence des meubles, et surtout des *faits* ou des *abstentions*, ou plus généralement des valeurs quelconques, qui peuvent être l'objet des contrats, sont, d'après l'opinion commune et le taux commercial, susceptibles d'une estimation qui permet d'établir une comparaison entre le prix véritable et le prix conventionnel ; et le jurisconsulte Paul aurait pu en dire, bien plus justement que des esclaves : « *Pretia rerum non ex affectione, nec utilitate contrahentium, sed communiter finguntur* (L. *si servus*, ff. *ad legem Aquiliam.*)

Or, quand un tel écart, de plus des sept douzièmes, se produit entre le prix véritable, *communiter*, et le prix conventionnel, la présomption doit être que le vendeur,

forcé de vendre, a été forcé aussi, dans sa détresse, de subir cette iniquité du contrat; et la loi l'en relève par une sorte de protection, semblable à celle qu'elle accorde à l'emprunteur, qui a consenti à payer des intérêts usuraires (loi du 3 sept. 1807; art. 1674 et suiv.)

On peut trouver encore un cas particulier de rescision pour cause de lésion, en matière de société, dans l'article 1854.

198. — Mais, en dehors de ces cas, qui sont expressément déterminés par la loi, la règle générale reprend son empire; et la lésion n'est pas, dans notre droit moderne, une cause de rescision des conventions.

Si, après cette règle qu'il avait posée dans l'article 1118, le législateur du Code Napoléon a pris encore, relativement à certains contrats, le soin, désormais inutile, de déclarer qu'ils ne sont pas rescindables pour cause de lésion (art. 1683, 1706, 2053), on ne doit voir là qu'une réminiscence de l'ancienne controverse, que nous venons de rappeler (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 413).

Et il est incontestable que tous les autres contrats, à l'égard desquels il n'a pas pris le soin de le dire, ne sont pas non plus rescindables pour cause de lésion; puisque telle est la règle générale!

199. — Cette règle est fondamentale! et il importe qu'elle soit maintenue, pour le bon ordre de la société et pour le repos des familles, qui sont intimement liés à l'inviolabilité des conventions!

Si nous y insistons, c'est qu'il nous a paru que peut-être, elle n'obtient pas toujours, dans la pratique, toute l'autorité qui lui appartient!

N'est-il pas arrivé, par exemple, que l'on a demandé la rescision d'un contrat de bail pour cause de lésion; du contrat de bail, qui, même dans notre ancien droit, n'était pas rescindable pour cette cause! (*supra*, n° 192).

Cette demande a été, bien entendu, rejetée (comp.

Rouen, 21 mai 1844, Vasseron, Dev., 1844, II, 653; Poitiers, 29 avril 1863, Blanchard, Dev., 1863, II, 169; Duranton, t. XVII, n° 13; Duvergier, *du Louage*, t. I, n° 102; Troplong, *du Louage*, t. I, n° 3).

200. — Ce qui est plus grave, c'est que des Conseils de prud'hommes ont déclaré nulles des conventions entre le maître et l'ouvrier sur le taux des salaires, par le motif que ces conventions étaient lésionnaires, et devaient être, en conséquence, considérées comme frauduleuses et contraires à l'ordre public :

« *Attendu*, (porte l'une de ces décisions) *qu'il n'est pas permis de payer le salaire moins qu'il ne vaut...* » (27 septembre 1850, Lebert, Dev., 1853, I, 401).

Mais que vaut le salaire?

Est-ce que ce n'est pas à la libre volonté des deux parties contractantes, qu'il appartient souverainement de le décider entre elles?

Évidemment oui!

Qui n'aperçoit, en effet, tous les dangers d'une telle doctrine, et qu'en violant les textes mêmes de notre Code en matière de rescision pour cause de lésion (art. 1118), elle viole également deux principes essentiels, et d'ordre public aussi! à savoir : l'inviolabilité des conventions, et la liberté du commerce et de l'industrie! (art. 1134, 1152).

Aussi, ces jugements ont-ils été cassés par la Cour suprême (20 déc. 1852, Lebert, Dev., 1853, I, 401; 12 déc. 1853, Aron, Dev., 1854, I, 332; Larombière, t. I, art. 1118, n° 6).

202. — Mais la Cour de cassation ne s'éloigne-t-elle pas elle-même de ces principes, lorsqu'elle décide que *tout salaire d'agence d'affaires est sujet à évaluation et règlement par le juge*, et que les tribunaux ont le *droit et le devoir* de réduire le salaire, qui a été fixé par la convention entre le mandant et le mandataire, lorsqu'il leur paraît excessif?

Telle semble bien être, en effet, sa jurisprudence, que d'éminents jurisconsultes approuvent aussi dans la doctrine (comp. Cass., 18 avril 1855, Trannoy; et Cass., 7 févr. 1855, Navoit, Dev., 1855, I, 527 et 530; Cass., 12 janv. 1863, Picque, Dev., 1863, I, 249; Cass., 7 mai 1866, Aubert, Dev., 1866, I, 273; Troplong, *du Mandat*, n° 247; Pont, *des Petits contrats*, t. I, n° 1109).

Nous ne saurions, pour notre part, l'admettre.

Le contrat de mandat est, en effet, soumis à la règle générale qui gouverne tous les contrats, en ce qui concerne la rescision pour cause de lésion; non-seulement, aucun article ne l'en excepte; mais l'article 1999 dispose même expressément, que *le mandant doit payer au mandataire ses salaires, lorsqu'il en a été promis!*

Telle est bien aussi la conséquence de cette grande règle de bonne foi et d'ordre public, proclamée par l'article 1134, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Que l'on autorise le juge à réduire le salaire promis par le mandant au mandataire, dans le cas où le mandat n'a été exécuté qu'en partie, nous le comprenons (arg. de l'article 1231); et si c'est en ce sens, comme les faits semblent l'indiquer, qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 mai 1866 (Darrieux), nous adhérons aux judicieuses *Observations*, que M. A. Boullanger y a jointes (Dev., 1866, I. 273).

Mais ce que nous ne voulons pas concéder, c'est que, en dehors de cette circonstance particulière, il appartienne aux magistrats de réduire, comme excessif, pour cause de lésion, le salaire qui a été fixé par convention entre le mandant et le mandataire (comp. *Revue de législat.*, t. XXVI, p. 447; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 49; Domenget, *du Mandat*, t. I, n° 152; Thiroux, *Revue pratique de Droit français*, 1867, t. XXIII, p. 370, 371).

202. — Dans les cas où la lésion produit une cause de nullité ou de rescision du contrat, c'est d'un vice du

consentement qu'elle procède; c'était la doctrine de Pothier (n° 33); et les auteurs de notre Code, en plaçant l'article 1118, dans la section relative au consentement, l'ont eux-mêmes, certainement aussi, considérée comme telle.

Nous ajoutons, contrairement cette fois à la doctrine de Pothier, que le vice du consentement est le défaut de liberté et non pas l'erreur; le défaut de liberté, disons-nous, d'une partie qui a subi une sorte de contrainte morale, sous l'empire d'un besoin pressant d'argent, et non pas l'erreur sur la véritable valeur de la chose (*supra*, n° 194).

D'où il suit que la lésion est une cause de nullité du contrat, lors même que la partie aurait connu la valeur de la chose et le préjudice qu'elle éprouvait, et bien plus encore, lors même qu'elle aurait renoncé, dans le contrat, à toute action en nullité pour cause de lésion; car cette renonciation serait entachée du même vice que le contrat lui-même (art. 1674; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 424).

V

Du défaut de lien. — Des promesses ou des stipulations pour autrui.

SOMMAIRE.

203. — Précisons d'abord la thèse, qui s'offre maintenant à nous.

De quoi s'agit-il? et quel est le fait que le législateur s'est proposé de régler.

Ce fait est double :

A. — Une personne a promis, en son propre nom, pour un tiers.

Jules a promis, par exemple, à Joseph que Paul, architecte, lui construira une maison.

Deux questions en résultent :

1° Jules, *le promettant*, est-il obligé, par ce contrat, envers Joseph, *le stipulant?*

2° Paul, *le tiers absent*, est-il obligé lui-même envers Joseph?

B. — Une personne a stipulé, en son propre nom, pour un tiers.

Jules, par exemple, a stipulé que Paul, architecte, construira une maison à Joseph.

Deux questions aussi en résultent :

1° Jules, *le stipulant*, a-t-il une action contre Paul, *le promettant?*

2° Joseph, *le tiers absent*, a-t-il lui-même une action contre Paul?

Telles sont les deux hypothèses auxquelles s'applique cette thèse complexe :

Peut-on *promettre*, en son propre nom, pour autrui?

Peut-on *stipuler*, en son propre nom, pour autrui?

204. — Les rédacteurs de notre Code y ont consacré quatre articles.

L'article 1119 pose d'abord deux règles, pour résoudre les deux hypothèses.

L'article 1120 renferme une modification ou plutôt une explication de la première de ces règles.

L'article 1121 renferme une modification ou plutôt une explication de la seconde.

Et, enfin, l'article 1122 renferme une disposition explicative aussi de l'une et de l'autre.

Nous suivrons cet ordre, en exposant successivement les deux règles, avec les modifications qui sont particulières à chacune d'elles et les modifications qui leur sont communes.

205. — Mais, avant tout, il est nécessaire de rappeler la doctrine romaine ; car la doctrine française en est issue; et on va voir même qu'elle serait peut-être d'une explication difficile dans notre Code, si nous n'avions pas le secret de son origine !

Le droit romain avait, en effet, posé, en cette matière, deux règles capitales :

Passivement, *De se quemque promittere oportet* (L. 83, ff. *De verb. obligat.*);

Activement, *Alteri stipulari nemo potest* (*Inst.* §§ 3, 4 et 19, *De inut. stipul.*).

206 — *a.* Si donc Sempronius avait promis qu'un tiers donnerait une chose à Titius ou ferait quelque chose pour lui, cette promesse était inutile :

« *Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur; veluti si spondet Titium quinque aureos daturum.* » (*Inst. loc. supra.*)

Et d'abord, le tiers, *alius,* ne pouvait pas, bien entendu, être obligé par cette promesse, à laquelle il était étranger : « *Certissimum est alterius contractu neminem obligari*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien, dans la constitution 3 au Code (*Ne uxor pro marito*); et cela est, en effet, si certain, que Justinien, dans ses *Institutes*, n'a pas cru devoir prendre la peine de le dire.

Ce que Justinien dit seulement, c'est que celui qui a promis le fait d'un autre, ne sera pas lui-même obligé.

Mais pourquoi? il a été partie au contrat, lui! il a fait, en son nom, cette promesse; d'où vient donc qu'elle ne l'oblige pas?

Il faut convenir que cette seconde déduction n'apparaît pas avec le même caractère de certitude que la première.

Aussi, n'est-ce pas dans la raison naturelle ni dans les principes généraux, qui gouvernent, chez tous les peuples, les conventions humaines, qu'il faut en chercher l'explication; c'est dans le génie propre du peuple romain et dans la physionomie toute nationale de sa législation; on sait, en effet, que la *stipulation,* dans laquelle précisément nos deux règles jouaient surtout un grand rôle, était une forme de contrat solennelle et rigoureuse, *stricti juris*, où l'on s'attachait beaucoup moins à l'intention vraisemblable du stipulant et du promettant, qu'au texte littéral de l'interrogation et de la réponse; ajoutons que cette solennité de paroles, *verbis*, ne se pouvait accomplir qu'entre ceux-là seuls qui les pronon-

çaient : « ... *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur...* » (L. 83, ff. *De verb. obligat.*)

Et de là cette interprétation étroite, *stricta !* d'où les Romains concluaient que celui qui a promis le fait d'un tiers, *de alio,* n'a pas annoncé, par cela seul, suffisamment l'intention de promettre son propre fait, *de se,* et qu'il n'est pas obligé.

Tel en était si bien le motif, que le promettant était, au contraire, obligé, lorsqu'il avait, en promettant le fait d'autrui, annoncé l'intention de promettre son propre fait :

« *Quod si effecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligabitur.* » (*Inst.*, § 3, *De Inut. stipul.*)

Il y avait, d'ailleurs, encore un moyen de valider la promesse pour autrui ; c'était d'ajouter une clause pénale d'où résultait, évidemment, l'intention de promettre *de se :*

« *Qui alium facturum promisit, videtur in eâ causâ esse, ut non teneatur ;* NISI POENAM IPSE PROMISERIT. » (*Inst.*, § 21, *De inut. stipul.*)

Voilà quelle était, en droit romain, la première règle, passivement.

207. — *b.* Voici quelle était la seconde, activement :

Si Sempronius, par exemple, avait stipulé quelque chose d'un tiers, dans l'intérêt de Titius, la stipulation était inutile.... *Nihil agit* (*Inst.*, § 4, *De inut. stipul.*)

Nulle action n'en résultait donc ni pour l'un ni pour l'autre.

Point d'action pour Titius, qui était étranger à la stipulation ;

Point d'action pour Sempronius, qui n'y avait pas d'intérêt : .... *ut alii detur, nihil interest stipulatoris* (*Inst.*, § 19, *De inut. stipul.*) ; c'est que, en effet, la sanction indispensable de toute obligation, c'est le droit, pour le créancier, de conclure, devant le magistrat, à une condamnation pécuniaire contre le débiteur.

Un simple intérêt d'affection ne suffirait pas ; il faut

un intérêt appréciable en argent, comme Ulpien l'exprimait fort exactement :

« *Ea in obligatione consistere quæ pecuniâ lui præstari que possunt* » (L. 9, § 2, ff. *De statu liber.*) ;

Or, celui qui a stipulé pour autrui, n'a pas d'intérêt pécuniaire à ce que la promesse soit exécutée;

Donc, il ne saurait avoir d'action!

Tel en était encore si bien le motif, que le stipulant avait, au contraire, une action, lorsqu'il avait un intérêt pécuniaire et appréciable à l'exécution de la stipulation qu'il avait faite pour autrui.

« *Sed et si quis stipuleter alii, cum ejus intersit, placuit* « *stipulationem valere.* » (Inst. § 20, *De inut. stipul.*)

L'addition d'une clause pénale produisait un intérêt, comme dans le cas de la promesse pour autrui; et il y en a encore d'autres exemples dans les textes que nous avons cités.

On peut trouver sans doute l'explication de cette seconde règle dans les principes généraux qui gouvernent les contrats dans toutes les législations (*supra*, nº 206) ; et pourtant il faut encore reconnaître qu'elle porte aussi le caractère du génie particulier de la législation romaine et de ce formalisme rigoureux, d'après lequel l'effet actif et passif de la convention était exclusivement limité aux parties elles-mêmes qui y avaient figuré :

« *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu origi-* « *nem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant,* « *inanem nostrum actum efficiunt; et ideo neque stipulari,* « *neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine* « *recte agat, possumus.* » (L. II, ff. *De obligat. et act.*)

De là aussi cette autre règle romaine :

« *Per extraneam personam nihil acquiri posse...* » (Inst., *Per quas person. nobis adquir.*, § 5.)

D'excellents romanistes pensent, il est vrai, que *cette règle n'a rien de commun* avec la règle, qui ne permet pas de stipuler pour autrui (Vernet, *Textes choisis sur la*

théorie des obligations en droit romain, p. 191 ; Humbert, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1865, p. 653).

Mais, tout en reconnaissant que ces deux règles sont, en effet, distinctes, nous croyons qu'elles appartiennent à la même théorie dans la législation romaine (comp. Labbé, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, nos 10 et 12).

C'est ainsi que le mandataire n'était pas le représentant du mandant; pas plus que le tuteur n'était le représentant du pupille ; la créance ou la dette résultant du contrat naissait dans la personne du mandataire, seul créancier ou seul débiteur à l'égard de l'autre partie; et le mandat donnait lieu seulement à un règlement particulier entre le mandant et le mandataire. (Comp. Inst., lib. II, tit. IX : *Per quas personas vobis adquir.*; — lib. IV, t. VII, *Quod cum eo qui in aliena potest.*; — l. 5, Cod. *Quando ex facto tutoris*; etc.)

Tel était le droit primitif, très-peu conforme, sans doute, aux nécessités sociales; aussi reçut-il successivement des améliorations; mais l'empreinte en était si profonde, qu'elle n'a pas entièrement disparu et que les principes de cette matière ont toujours conservé, à travers les siècles, quelque chose de leur roideur primitive!

208. — Notre ancien droit français en a subi l'influence; et on peut la reconnaître dans le paragraphe du *Traité des Obligations* de Pothier, où il entreprend d'exposer *quelles sont les raisons du principe qu'on ne peut stipuler ni promettre pour un autre* (nos 54 à 56).

On voit bien qu'il n'en est pas lui-même satisfait et qu'il cherche à s'en affranchir.

Après avoir exposé, en effet, les raisons pour lesquelles la promesse qu'une personne a faite pour un tiers, n'oblige ni ce tiers, ni même le promettant, il ajoute cette modification notable :

« Au reste, on présume facilement que celui qui a

promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose, n'a pas entendu *pure de alio promittere*, mais qu'il a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé. » (*Loc. supra cit.*)

209. — Telle est la filiation historique de la théorie qui se trouve dans les articles 1119 à 1122 de notre Code ; il n'était pas inutile de la rappeler ; car elle nous permet d'apprécier exactement cette théorie, aujourd'hui que, dégagée tout à fait des idées romaines, elle nous apparaît dans sa simplicité.

Elle est très- simple, en effet; et il s'en faut qu'elle ait, dans nos temps modernes, l'importance qu'elle a eue dans les temps anciens!

On pourrait se figurer encore, il est vrai, à la première lecture de nos textes, qu'elle a conservé cette importance ; la formule concise et un peu dogmatique de l'article 1119, qui pose la double règle sur laquelle reposait l'ancienne doctrine, une certaine obscurité qui résulte de cette concision même, portent d'abord l'esprit à croire que l'article 1119 recèle, en effet, quelque sens abstrait et profond, qu'il faudra beaucoup d'attention pour découvrir !

Eh bien ! pas du tout; rien n'est plus élémentaire; et quand on a compris l'article 1119, comme il doit être, à ce que nous croyons, compris, on éprouve une sorte de surprise à voir que la simplicité presque naïve du fond contraste si fort avec l'apparence presque énigmatique de la forme, et que le législateur ait cru devoir prendre la peine d'exprimer des vérités si évidentes!

Beaucoup, et des meilleurs, l'ont blâmé *du malheureux contre-sens de cette importation des principes romains dans notre société et dans notre système de contrats*. (Ortolan, Inst. expliqués sur les §§ III et IV, *De inut. stipul.*; Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. II, p. 211; Vernet, *Textes choisis*, etc., p. 192 et 193; Marcadé, art. 1119).

Le reproche, si sévère qu'il soit, n'est pourtant pas tout à fait immérité! ce que l'on peut dire néanmoins, c'est que les rédacteurs du Code ont pu être naturellement portés à consacrer une doctrine aussi accréditée par les traditions du droit romain et de notre ancien droit français.

D'autres critiques ont aussi été faites sur la place où les rédacteurs l'ont mise, à la fin de la section qui s'occupe *du consentement.*

C'est *de l'objet du contrat*, qu'il s'agit, ont dit les uns; et Pothier, en effet, traitait des promesses ou des stipulations pour autrui sous cette rubrique : *De ce qui peut être l'objet du contrat* (Part. I, chap. I, art. 5);

Tandis que d'autres ont répondu qu'il s'agit de l'*interprétation de la convention des parties;*

D'où il est advenu que d'accord pour défaire l'ordre adopté par le Code, ils se sont divisés dans la manière de le refaire : les premiers, reportant notre matière à la section, qui traite *de l'objet et de la matière des contrats* (Delvincourt, Toullier); les autres, la reportant à la section, qui traite *de l'effet des contrats* et de *l'interprétation des conventions* (Zachariæ, Aubry et Rau).

Nous la maintiendrons, pour notre part, à la place que les rédacteurs mêmes du Code lui ont donnée; ce n'est pas sans motif, en effet, qu'ils ont pu la placer dans la section, qui traite *du consentement;* car il s'agit finalement de savoir si, dans une convention, le consentement doit toujours émaner de la partie contractante elle-même!

210. — Et maintenant, après cette exposition préliminaire, nous allons examiner les deux règles qui forment notre théorie, avec les modifications qui sont particulières à chacune d'elles et les modifications qui leur sont communes (*supra*, n° 204).

L'article 1119 s'exprime ainsi :

« On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler, en « son propre nom, que pour soi-même. »

Voilà bien, en effet, les règles anciennes !

A. Ainsi, d'une part, si vous avez promis, en votre nom, *de te*, que Paul ferait quelque chose pour Pierre, cette promesse est inefficace... *inutilis;* vous n'avez pas lié Paul, et vous ne vous êtes pas lié vous-même.

Vous n'avez pas lié Paul, parce que vous ne l'avez pas pu ;

Vous ne vous êtes pas lié vous-même, parce que vous ne l'avez pas voulu.

« .... *Dum tibi non vis, nec illi potes!* dit fort élégamment la Constitution de Dioclétien (6 Code, *Si quis alteri vel sibi*).

Rien ne saurait être plus évident ! et appliquée à cette hypothèse, c'est-à-dire à l'hypothèse où *vous n'avez pas voulu vous lier vous-même*, c'est à peine si la première partie de l'article 1119 mérite le nom d'une règle de droit !

Une telle hypothèse est, en effet, plus qu'exceptionnelle; elle est véritablement chimérique, en tant qu'on suppose que deux personnes forment ensemble *un contrat*, duquel il est plus clair que le jour qu'aucune obligation ne saurait naître !

Oh ! sans doute, il peut arriver qu'une personne promette à un tiers qu'une autre personne fera quelque chose, sans vouloir s'obliger elle-même par cette promesse; mais, alors, ce n'est évidemment là qu'un simple propos de conversation ou l'expression d'une opinion vague, qui porte sur les intentions, plus ou moins probables, d'une personne absente, comme il pourrait porter sur tout autre sujet.

Mais d'un contrat, il n'y en a pas l'apparence, puisqu'il n'y a pas l'intention de contracter, *animus contrahendi negotii ! (supra*, n° 12).

Et pourtant, il faut, de toute nécessité, admettre que c'est là l'hypothèse que l'article 1119 a pour but de régler.

Car s'il avait pour but de régler l'hypothèse où, en

promettant, en votre nom, le fait d'un tiers, vous avez eu l'intention de faire un *contrat* et de vous obliger vous-même, l'article ne serait pas seulement insignifiant; il serait intolérable! (art. 1134; comp. *infra*, nos 215, 216).

211. — B. D'autre part, si vous avez stipulé, en votre propre nom, que Paul ferait quelque chose pour Pierre, cette stipulation est aussi inefficace, *inutilis;* et il n'en peut naître aucune action, ni au profit de Pierre, ni à votre profit :

Point au profit de Pierre, parce qu'il n'y était point partie, et qu'elle est, à son égard, *res inter alios acta;*

Point à votre profit, parce que vous n'y avez pas d'intérêt; je veux dire un intérêt pécuniaire, susceptible de faire l'objet d'une condamnation en justice (*supra*, n° 207).

Un simple intérêt d'amitié ou de parenté ne suffirait pas!

De sorte qu'il en serait ainsi, lors même que vous auriez stipulé pour l'un des vôtres, pour votre frère, ou pour votre fils, ou pour votre femme, si vous n'aviez pas d'ailleurs, en fait, dans votre titre de père ou de mari, un mandat légal ou conventionnel qui autorisât cette stipulation de votre part.

Aussi, est-ce avec raison que M. Duvergier a repris Toullier pour avoir écrit que la stipulation faite par un père pour ses enfants, est valable, parce que *le père et la mère sont regardés comme les mandataires légaux de leurs enfants.* (T. III, n° 155.)

« Cette proposition est vraie, dit l'honorable annota-
« teur, à l'égard du père, administrateur légal des biens
« de ses enfants mineurs, ou même des père et mère,
« lorsqu'il s'agit d'accepter une donation, qui est faite
« à ces derniers encore mineurs (art. 389 et 935). A
« part ces dispositions, je ne connais aucun texte, qui
« constitue les père et mère mandataires légaux de leurs
« enfants. » (Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a.*)

Nous n'en connaissons pas non plus! (Comp. Cass., 30 mai 1836, De Létang, Dev. 1836, I, 720.)

Cette observation est, à notre avis, parfaitement juste, d'après le texte même de l'article 1119, entendu *littéralement!*

Mais est-ce ainsi qu'il faut l'entendre?

C'est ce que nous allons bientôt examiner (*infra*, n° 216).

212. — Telle est la double règle de l'article 1119.

Et ce n'est pas sans raison, en effet, que certains auteurs la rattachent à l'article 1165 :

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties con-
« tractantes; elles ne nuisent point au tiers; et elles ne
« lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. »

Car l'article 1165, en rappelant explicitement l'exception écrite dans l'article 1121, rappelle par cela même, implicitement, la règle écrite dans l'article 1119, à laquelle cette exception déroge.

Aussi, peut-on fonder, en effet, la double règle de l'article 1119 sur ce principe élémentaire :

Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest! (comp. L. 7, § 4, ff. *De Regul. juris;* L. 1, Cod. *Inter alios acta vel judicata*).

213. — C. L'article 1119 annonce toutefois, par ces mots : *en général*, que les deux règles, qu'il pose, sont susceptibles de modifications.

Et voici en quels termes l'article 1120 modifie ou plutôt explique la première :

« Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en
« promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre
« celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire rati-
« fier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. »

Ainsi, je me porte fort, pour Paul, qu'il fera telle chose pour Pierre; en d'autres termes, je prends, envers Pierre, l'engagement de faire ratifier par Paul la promesse que je lui fais, en mon nom, pour celui-ci.

Cette convention est valable, dit notre article.

Eh! sans doute; pourquoi donc ne le serait-elle pas?

C'est là une convention comme une autre, par laquelle j'ai promis, pour moi-même, *de me*, non pas le fait d'un autre, mais bien mon propre fait, à savoir : que j'obtiendrais le consentement de Paul, et que je rapporterais sa ratification, ou comme on dit vulgairement, sa signature;

Or, ce fait très-licite peut être, comme tout autre fait licite quelconque, l'objet d'un contrat; et il est évident qu'une telle convention doit, suivant le droit commun, tenir lieu de loi aux parties contractantes (art. 1134).

C'est, en effet, l'évidence même!

Et pourtant, l'article 1120 ne dit pas autre chose; de sorte que, à la rigueur, nous aurions pu nous en passer, aussi bien que de l'article 1119; car ils ne font, l'unt l'autre, qu'exprimer deux vérités on ne peut plus élémentaires.

Que dit finalement l'article 1119?

Que l'on n'est pas obligé, *lorsque l'on n'a pas eu l'intention de s'obliger!* c'est ce que dit, en règle générale, l'article 1108.

Et l'article 1120 ?

Que l'on est obligé, *lorsque l'on a eu l'intention de s'obliger!* c'est ce que dit, en règle générale, l'article 1134.

Était-ce la peine de le répéter?

214. — Au reste, il n'est pas nécessaire de prendre, dans le contrat, précisément la qualité ou le titre de *porte-fort;* cette expression, quoique peut-être un peu étrange est, il est vrai, depuis longtemps usitée; mais elle n'a rien de sacramentel; et elle peut être remplacée par toute autre expression équivalente.

C'est ainsi que l'article 1120 lui-même consacre en quelque sorte, comme synonyme, *de se porter fort,* la promesse *de faire ratifier.*

Et il en serait de même de toute autre formule, quels qu'en fussent d'ailleurs les termes, dès qu'il en résulte-

rait que les parties ont entendu faire un contrat, c'est-à-dire que la partie qui a promis le fait d'un tiers, a entendu s'obliger, envers l'autre partie, à rapporter la ratification de ce tiers.

Car ce n'est en définitive qu'une question d'interprétation de volonté!

215. — Qui est-ce qui hésiterait, par exemple, à reconnaître la convention obligatoire de *porte-fort,* dans la promesse que je ferais à Paul *de faire en sorte* que Pierre s'oblige envers lui ?

Les Romains eux-mêmes, malgré la roideur de leur doctrine, ont toujours tenu cette convention pour valable.

«.... *Si quis effecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligatur.* » (*Inst.*, § 3, *De inut. stipul.;* L. 38, *princ.* ff. *De verbor. obligat.*)

216. — Ne faut-il pas même aller plus loin ?

Et ne doit-on pas décider que l'engagement qu'une personne prend, en son propre nom, pour un tiers, implique virtuellement, de sa part, la promesse de *porte-fort ?*

Je promets à Paul que Pierre fera telle chose pour lui.

Voilà toute la clause.

Me suis-je, par cela même, porté fort de Pierre ?

C'est impossible ! a-t-on dit; ou bien, si on le décide ainsi, il faut effacer du Code l'article 1119 !

La clause, dont il s'agit, est celle-là même, en effet, précisément, que cet article déclare nulle !

On ne peut, dit l'article 1119, en général, s'engager en son propre nom que pour soi-même; or, vous vous êtes engagé, en votre propre nom, pour Pierre; donc, d'après le texte même de la loi, cet engagement n'est pas valable (comp. Toullier, t. III, n° 135; Duranton, t. X, n° 209).

Eh bien ! malgré ce que cet argument de texte semblerait avoir d'irrésistible, nous croyons que le plus sou-

vent, au contraire, un pareil engagement devra être considéré comme obligatoire, c'est-à-dire comme renfermant tacitement la promesse de *porte-fort* :

1° Nous ferons remarquer d'abord que, déjà dans notre ancien droit, cette interprétation tendait à prévaloir; on a vu plus haut (n° 208) le passage où Pothier enseigne que : « on présume facilement que celui, qui a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose, n'a pas entendu *pure de alio promittere;* mais qu'il a entendu promettre aussi *de se,* qu'il se faisait fort de ce tiers, *quoique cela ne soit pas exprimé.* » (N° 56.)

Vinnius d'ailleurs, qui cite en ce sens Grotius et d'autres auteurs, atteste qu'il en était de même dans la jurisprudence suivie en Hollande et en Belgique :

« *Nostris et multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacite promittere se curaturum ut alius det aut faciat...* » (*Inst.*, § 3, *de inut stipulat.*)

A combien plus forte raison faut-il admettre cette doctrine, dans le droit français moderne, où le bon sens et la bonne foi doivent être, plus que jamais, considérés comme les règles fondamentales de l'interprétation des conventions !

2° Or, il ne s'agit pas ici, comme nous l'avons déjà remarqué, d'autre chose que d'une question d'interprétation de volonté.

Avez-vous eu, oui ou non, en promettant à Paul le fait de Pierre, l'intention de vous obliger ?

Voilà toute la question.

Et nous maintenons que, lorsque les circonstances seront telles que cette question pourra s'élever, en effet, sérieusement, il faudra toujours la décider par l'affirmative.

De deux choses l'une, en effet :

Ou votre promesse du fait d'un tiers n'est qu'un propos vague de conversation, ou une simple recommandation, ou un avis, qui n'a pas revêtu le caractère ni la physio-

nomie d'un contrat; et alors, il est clair que vous n'êtes pas obligé;

Ou, au contraire, cette promesse apparaît avec la physionomie et le caractère d'un contrat; et alors, en vérité, il est bien impossible de dire que ce contrat ne vous oblige pas !

Or, précisément, c'est cette dernière partie de l'alternative qui sera toujours la plus fréquente, et l'on peut même dire la seule, sur laquelle une semblable question sera posée.

Et si, en cas pareil, on opposait l'article 1119, il faudrait répondre par l'article 1120 qui, d'une part, admet qu'on peut promettre le fait d'un tiers, en se portant pour lui, et qui, d'autre part, ne soumet la promesse de se porter fort à aucune formule sacramentelle!

Il faudrait aussi répondre par l'article 1157, d'après lequel :

« Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.... » *potius ut valeat quam ut pereat!*

Les circonstances du fait, la forme de l'acte, la nature de l'affaire, *consideratâ qualitate negotii,* dit Vinnius (*loc. supra cit.*), les clauses accessoires de la convention, la qualité des parties, leurs relations antérieures, seront aussi presque toujours des éléments d'interprétation décisifs en ce sens !

Supposons, par exemple, que c'est dans un acte par écrit, devant notaire ou même sous seing privé, que j'ai promis à Paul le fait de Pierre.

Comment dire que je n'ai pas entendu me porter fort de Pierre, ni m'obliger moi-même du tout !

Mais pourquoi donc avoir rédigé cet acte!

On verra si c'est un père, qui a promis pour son fils, un frère pour son frère, un cohéritier ou un coproprié-

taire pour son cohéritier ou son copropriétaire, un créancier pour son débiteur, etc.

Et la conclusion sera, nous le répétons, presque toujours, que cette simple promesse du fait d'un tiers sera obligatoire, non pas seulement dans les matières commerciales, où les dissidents eux-mêmes sont bien près d'en convenir, mais aussi dans les matières civiles.

On se récrie ! voilà l'article 1119 réduit à une lettre morte, et tout à fait absorbé par l'article 1120 !

Il est vrai ; mais, au point où nous en sommes de l'explication de cette théorie, nous pensons qu'on ne doit ni s'en étonner ni s'en plaindre (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 222; Larombière, t. I, art. 1120, n° 2 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 31 *bis*, III).

217. — Ce qui est certain, c'est que l'intention de se porter fort pour le tiers, dont on promet le fait, résulte nécessairement de l'addition d'une clause pénale.

Le droit romain lui-même exceptait ce cas de la règle : « .... *nisi pœnam ipse promiserit* (*Inst.*, § 21, *De inut. stipul.*; l. 38, § 2, ff. *de Verb. Oblig.*; Pothier, n° 56).

La clause pénale est, en effet, la représentation des dommages-intérêts, qui seront dus au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation ; elle suppose donc l'obligation ; comment, en effet, pourrais-je vous devoir des dommages-intérêts pour le cas où le tiers n'accomplirait pas le fait que j'ai promis pour lui, si je ne m'étais pas obligé à obtenir de lui qu'il l'accomplît !

218. — La convention par laquelle une personne se porte fort d'un tiers, est d'ailleurs valable, quel qu'en soit l'objet.

Quand l'article 1120 dispose qu'on peut se porter fort pour un tiers, en promettant *le fait* de celui-ci, il est évident que ce mot : *fait*, est générique, et qu'il comprend tout ce qui peut être la matière d'une convention : soit la dation ou prestation d'une chose, soit l'accomplissement d'un fait, soit l'abstention d'un fait.

219. — Cette convention, par laquelle une personne se porte fort pour une autre, joue un rôle important dans la pratique des affaires; elle est, en effet, très-utile ; elle facilite, ou plutôt elle rend possibles des opérations, qui, sans ce moyen, seraient souvent difficiles et quelquefois impossibles.

C'est ainsi que des cohéritiers ou des copropriétaires peuvent, malgré l'absence ou l'éloignement de leurs cohéritiers ou copropriétaires, ne pas manquer une occasion avantageuse, qui se présente, de louer ou d'aliéner les biens communs. Ils peuvent, en effet, si le tiers y adhère, consentir le bail ou l'aliénation, sous leur responsabilité, en se portant fort pour ceux qui ne sont pas présents (comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 18).

Nous avons vu aussi que cette convention est souvent employée, dans l'intérêt des personnes incapables, des interdits et surtout des mineurs; et que, afin d'éviter les frais et les lenteurs des formalités judiciaires, leurs tuteurs ou leurs parents se portent fort pour eux envers les tiers (comp. nos *Traité de la Minorité*, *de la Tutelle,* etc., t. I, n° 738; et *des Successions*, t. III, n° 484 ; Cass., 29 mars 1852, Touzan, Dev., 1852, I, 385).

Ce n'est pas qu'une telle pratique ne soulève des objections d'une certaine gravité; outre que l'on ne saurait méconnaître qu'elle destitue les mineurs et les incapables de la protection que le législateur a entendu leur accorder, elle est certainement aussi de nature à gêner leur liberté dans l'exercice de leurs droits; le moyen, en effet, pour le mineur devenu majeur, de refuser sa ratification, lorsque ce refus va ouvrir une action en dommages-intérêts contre son ancien tuteur, l'un de ses proches, contre son père, peut-être !

Il arrive même quelquefois, par une tradition sans doute encore de l'ancien usage des fiançailles, que, dans les contrats de mariage, les parents déclarent se porter fort pour les futurs absents. Mais il y faut prendre garde !

car la règle est que les conventions matrimoniales doivent être arrêtées avant le mariage (art. 1394); or, la célébration du mariage ne saurait être considérée, de la part des époux, comme une ratification des conventions, que leurs parents auraient arrêtées en leur absence; d'où il suit qu'il faut que la ratification des futurs époux précède la célébration du mariage, c'est-à-dire finalement qu'il est nécessaire que ce soient les futurs époux eux-mêmes, qui figurent à la rédaction de leurs conventions matrimoniales (comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. VI, n[os] 250 et 428; Cass., 29 mai 1854, Barjou, Dev., 1854, I, 437; Cass., 9 janv. 1855, Dalgarando, Dev., 1855, I, 125).

Mais de ce que l'on a étendu la convention de porte-fort au delà de ses limites, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle peut rendre, dans la pratique, de grands services; et l'extension abusive qu'on en a faite, en serait elle-même, au besoin, le témoignage !

Aussi peut-on regretter que les auteurs de notre Code ne l'aient peut-être pas suffisamment réglementée.

Nous allons donc essayer de le faire, en examinant les relations qu'elle produit soit entre la partie qui a fait la promesse de *porte-fort* et la partie qui l'a acceptée, soit entre le *tiers* au nom duquel la promesse a été faite et les autres parties.

220. — Celui qui s'est porté fort pour le tiers, a promis *de faire ratifier* (art. 1120).

Telle est, en effet, son obligation ; il ne suffit donc pas qu'il entreprenne, il faut qu'il réussisse ! et on ne saurait admettre le sentiment de certains docteurs, cités par Vinnius (sur le § 3, *Inst. de inut. stipul.*), d'après lesquels le porte-fort qui s'est employé avec le soin convenable pour obtenir la ratification du tiers, ne devrait être tenu d'aucuns dommages-intérêts, lorsqu'il ne l'aurait pas obtenue.

Le *porte-fort* a promis que le tiers s'obligerait à rem-

plir l'engagement qu'il a pris pour lui; et il est, en conséquence, suivant le droit commun, tenu des dommages-intérêts, si le tiers ne s'oblige pas, sans qu'il soit nécessaire qu'on allègue sa négligence, à moins qu'un cas de force majeure n'y ait fait obstacle (arg. des articles 1147, 1148).

221. — Mais si la promesse du porte-fort va jusque-là, elle ne va pas au delà.

Et il est quitte, dès que le tiers s'est obligé, en ratifiant.

Son rôle est, dès lors, fini; on ne saurait ensuite le rendre responsable de l'exécution de l'obligation, que le tiers a contractée.

La promesse du porte-fort n'est pas, en effet, une obligation de garantie ni un cautionnement!

Si donc je me suis porté fort pour Paul qu'il vous vendrait sa maison ou qu'il vous achèterait la vôtre, moyennant tel prix, je ne serai garant envers vous, ni de l'éviction dans le premier cas, ni du payement du prix dans le second cas, une fois que Paul aura ratifié, et que le contrat de vente aura été passé entre vous et lui (comp. Duranton, t. X, n° 217; Larombière, t. I, art. 1120, n° 7; Colmet de Santerre, t. V, n° 21 *bis*, I).

222. — Du moins, en doit-il être ainsi de la promesse ordinaire faite, dans les termes où nous la supposons, d'après l'article 1120, et par laquelle une personne a promis de *faire ratifier* l'engagement contracté par elle pour un tiers.

Mais, comme c'est là, finalement, une question d'interprétation, il se pourrait que la promesse de celui qui s'est porté fort, dût produire des effets plus étendus, en raison des circonstances du fait et surtout des expressions de l'acte; comme si, par exemple, j'avais promis que le *tiers donnera ou qu'il payera;* d'où l'on serait autorisé à conclure que je n'ai pas promis seulement que le tiers *s'obligerait* à donner ou à payer, mais bien qu'il

donnerait, en effet, et qu'il *payerait*, c'est-à-dire que j'ai garanti l'exécution même de son obligation.

223. — M. Larombière remarque que, si la ratification donnée par le tiers est ensuite déclarée nulle, le porte-fort ne peut pas être considéré comme ayant rempli son obligation, et qu'il est, en conséquence, tenu d'une indemnité envers l'autre partie. (T. I, art. 1120, n° 8.)

Cela nous paraît, en effet, certain (comp. *supra*, n° 220).

Ce que le porte-fort a promis, c'est la ratification du tiers; or, il n'y a pas eu de ratification, puisque celle qui avait été donnée, a été déclarée nulle.

Il faudrait des circonstances particulières pour qu'il en fût autrement; comme s'il résultait des termes de l'acte que le porte-fort a promis la ratification, t lle quelle, d'une personne incapable, la ratification, par exemple, à fournir, dans le délai d'un mois, d'un mineur encore séparé par un intervalle de deux ans de l'époque de sa majorité.

224. — Si le tiers ne ratifie pas, le porte-fort peut-il être tenu de remplir, en son lieu et place, l'obligation qu'il a contractée pour lui?

Il faut supposer, bien entendu, pour que cette question puisse naître, qu'il s'agit d'une obligation susceptible d'être exécutée indifféremment, soit par le tiers, soit par le porte-fort.

Eh bien! donc, le porte-fort peut-il être contraint à exécuter lui-même le fait, ou à livrer la chose, qui est l'objet de cette obligation?

On pourrait hésiter peut-être à répondre affirmativement; car, enfin cette obligation, il ne l'a pas contractée, lui-même, principalement; il n'est, lui! qu'une sorte d'entremetteur; ce qu'il a seulement promis, c'est que le tiers la contracterait; et si le tiers refuse, le porte-fort n'est tenu que d'une *indemnité*, en raison de ce refus (comp. Duranton, t. X, n° 208).

Mais cette indemnité, en quoi consiste-t-elle? et quel en doit être le résultat? elle consiste dans les dommages-intérêts, auxquels l'autre partie a droit par suite de l'inexécution de l'engagement que le porte-fort a contracté envers elle; et elle doit, en conséquence, avoir pour résultat de la mettre, autant que possible, dans la même situation que si cet engagement avait été exécuté, c'est-à-dire que si le tiers avait ratifié; or, la meilleure manière de la mettre dans cette situation, n'est-ce pas de forcer le porte-fort à exécuter lui-même l'obligation, si cette exécution lui est possible? nous le croyons ainsi (arg. des articles 1143 et suiv.).

Voilà comment on a pu dire que le porte-fort « con-« tracte l'engagement alternatif, ou d'indemniser le sti-« pulant, si le tiers refuse d'exécuter et de ratifier, ou « d'exécuter lui-même, si la chose est en son pouvoir. » (Devilleneuve, *Observations* sur l'arrêt de la Cour de Limoges du 10 août 1850, Dev., 1852, II, 385.)

225. — En sens inverse, le porte-fort peut-il déclarer à l'autre partie, qu'il se charge, envers elle, d'exécuter l'obligation qu'il a contractée, pour le tiers, et qu'il conserve le marché pour lui-même?

Supposons que le tiers a refusé de ratifier; ou même qu'il n'a ni refusé, ni consenti; il ignore encore la promesse qui a été faite pour lui.

C'est en cet état que le porte-fort notifie à l'autre partie, qu'il prend, pour son compte, la vente, par exemple, que celle-ci lui a consentie d'une maison, en sa qualité de porte-fort pour Paul.

Le peut-il?

D'abord, il est certain qu'aucun obstacle ne saurait venir de la part du tiers, pour lequel le porte-fort a fait la promesse; ce tiers était étranger à la convention; et aucun droit n'avait pu en naître à son profit, tant qu'il ne l'avait pas ratifiée (arg. de l'article 1121).

Dans le cas où les deux parties, entre lesquelles cette

convention a eu lieu, seraient d'accord pour le *supprimer*, s'il est permis de dire ainsi, et pour vouloir que la convention produise ses effets seulement entre elles, rien n'y ferait donc obstacle.

226. — Mais voici qu'elles ne s'accordent pas! Tandis que le porte-fort veut conserver le marché pour lui, l'autre partie veut, au contraire, que le marché tombe, si le tiers ne le ratifie pas ?

Il est encore évident que le porte-fort ne saurait se substituer au tiers, malgré la résistance de l'autre partie, si le fait qu'il a promis pour le tiers, est de nature à ne pouvoir être accompli que par la personne que les parties ont eu précisément en vue; comme s'il a promis, par exemple, que Paul, qui est peintre ou architecte, ferait un tableau ou construirait une maison pour Pierre (*supra*, n° 108).

Mais supposons qu'il s'agit de la prestation d'un fait, qui peut être indifféremment accompli par toute personne, ou de la dation d'une chose que le porte-fort peut fournir; comme le prix, par exemple, s'il s'agit d'une vente, que l'autre partie lui a faite de sa chose pour un tiers.

Est-ce que cette partie ne serait pas, même dans ce cas, fondée à dire que ce n'est pas avec le porte-fort, personnellement, qu'elle a fait le contrat, mais avec le tiers, dont le porte-fort s'est constitué l'entremetteur; et que, dès lors, si le tiers ne ratifie pas, le contrat ne peut se former?

Cet argument ne manque pas de force; et il semble même logiquement déduit du caractère de cette promesse, par laquelle une personne se borne à se porter fort qu'un tiers donnera son consentement au contrat qu'elle déclare faire, non pas pour elle-même, mais pour le tiers.

Il faut que nous ajoutions, toutefois, que la solution contraire paraît avoir prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence, et que l'on considère généralement que le port-fort, en faisant le contrat pour le tiers, le fait

en même temps, pour lui-même, en ce sens qu'il peut se substituer à ce tiers dans les droits et dans les obligations qui en résultent (comp. Bordeaux, 21 juillet 1827, Sirey, 1827, II, 174; Toulouse, 27 juin 1839, Mazas, Dev., 1840, II, 110; Rennes, 15 décembre 1848, Puech, Dev., 1850, II, 276; Limoges, 10 août 1850, C....., Dev., 1852, II, 385; Cass., 26 mai 1852, Daillier, Dev., 1852, I, 516; Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'enregistr.*, t. I, n°s 217 et suiv.; Devilleneuve, *Observations*, 1852, II, 385; Larombière, t. I, art. 1120, n° 4).

Nous ne voulons pas dire que cette solution soit inadmissible; et notre avis est, en effet, qu'elle peut être admise, suivant les circonstances, lorsque les magistrats reconnaissent que telle a été l'intention probable du porte-fort et de la partie avec laquelle il a contracté; surtout si cette partie n'a aucun intérêt à s'opposer à cette substitution du porte-fort au tiers, dont il avait promis la ratification, et si le porte-fort, au contraire, a intérêt à se substituer à lui, comme il était arrivé dans l'espèce qui a été jugée par l'arrêt précité de la Cour de Limoges, où le porte-fort, par suite du refus fait par le tiers de ratifier, se trouvait grevé, en son lieu et place, d'une obligation de cautionnement, dont la garantie se trouvait précisément dans un contrat de vente qu'il avait fait pour lui!

Mais nous tenons pourtant à ne pas poser de règle absolue et à laisser à ces sortes d'hypothèses leur caractère de questions d'interprétation.

227. — Quant au tiers, pour lequel le porte-fort a promis, nous avons constaté déjà qu'il n'a aucun droit, tant qu'il n'a pas lui-même ratifié cette promesse (*supra*, n° 225).

C'est ainsi que l'on a décidé, conformément à la doctrine, que nous venons d'exposer, que, tant que celui au nom duquel une autre personne a acheté une chose sans mandat, et en se portant fort pour lui, n'a pas ratifié

cette promesse, l'*acheteur* peut valablement transférer la propriété de cette chose à une autre personne (comp. Bordeaux, 21 juillet 1827, Sirey, 1827, II, 174; Rouen, 27 juin 1839, Mazas, Dev., 1840, II, 110).

228. — Mais nous avons aussi remarqué que dès là, au contraire, que le tiers a ratifié la promesse, qui a été faite pour lui par le porte-fort, celui-ci disparaît, et que toute son obligation est remplie, à moins de circonstances particulières qui en augmenteraient l'étendue (*supra*, n° 221).

229. — La loi n'a soumis à aucune forme spéciale, la ratification par le tiers de la promesse, qui a été faite pour lui.

Ajoutons qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit acceptée par le promettant; car elle a été acceptée d'avance, éventuellement, par lui, dans le contrat même qu'il a fait avec le porte-fort (comp. Cass., 27 août 1833, Dev., 1833, I, 673).

230. — Quant aux effets de la ratification donnée par le tiers, il faut faire une distinction :

Entre les parties contractantes, elle a un effet rétroactif, *ut ex tunc*, c'est-à-dire jusqu'au jour où le porte-fort a fait la promesse pour le tiers ; et, après cette ratification, le porte-fort est à considérer, en effet, comme s'il avait agi en vertu d'un mandat ; c'est l'application de la règle : *ratihabitio mandato æquiparatur ;*

Mais, à l'égard des tiers, la ratification n'a d'effet que *ut ex nunc*, c'est-à-dire du jour seulement où elle est intervenue (arg. de l'article 1338; comp. Cass., 6 avril 1842, Chauvin des Orières, Dev., 1842, I, 597; Cass., 4 août 1847, Cornuault, Dev., 1847, I, 649; Larombière, t. I, art. 1120, n° 7).

231. — Nous venons d'exposer comment l'article 1120 se rattache à la première partie de l'article 1119.

Exposons maintenant comment l'article 1121 se rattache à la seconde partie (*supra*, n° 210).

Cet article est ainsi conçu :

« On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, « lorsque telle est la condition d'une stipulation que « l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on « fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation « ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir « en profiter. »

La stipulation qu'une personne fait en, son propre nom, au profit d'un tiers, ne produit, avons-nous dit, d'après l'article 1121, aucune action, ni pour le stipulant, ni pour le tiers (*supra*, n° 211).

A cette règle, l'article 1121 apporte une double exception; et la stipulation au profit d'un tiers produit, au contraire, une action pour le stipulant et pour le tiers, lorsqu'elle est la condition :

Soit d'une stipulation, que l'on fait pour soi-même;

Soit d'une donation, que l'on fait à un autre.

232. — Et d'abord, pourquoi une action peut naître au profit du stipulant, il est facile de s'en rendre compte.

Ce qui fait le vice et l'inutilité de la stipulation pour autrui, c'est qu'elle est dépourvue de sanction; c'est que le stipulant, n'ayant pas un intérêt appréciable en argent, ne saurait avoir d'action; d'où il suit que ce vice sera purgé et que la stipulation au profit d'autrui sera utile, lorsque le stipulant aura un intérêt appréciable en argent, en vertu duquel il pourra exercer une action en justice; or, c'est là précisément ce qui arrive dans les deux cas prévus par l'article 1121.

233. — Cela est d'évidence dans le premier cas.

Je stipule de Paul, architecte, que, s'il ne répare pas la maison de Pierre, il me payera une somme de 1000 francs.

J'ai, certainement, dans ce cas, moi-même, un intérêt pécuniaire, en vertu duquel je puis conclure judiciairement contre Paul à une condamnation; et les dommages-

intérêts, auxquels il devra être condamné envers moi, s'il ne remplit pas son obligation, sont même, dès à présent, déterminés conventionnellement (*supra*, n° 217).

Objectera-t-on que cet intérêt n'était pas préexistant; que c'est moi qui l'ai créé; et qu'il n'est qu'un moyen de contrainte, afin de valider indirectement une stipulation qui serait nulle sans cela!

Qu'importe!

Est-ce que cette convention est illicite? est-ce qu'elle est contraire à l'ordre public, ou aux principes essentiels du droit?

Assurément non!

Donc, elle doit tenir lieu de loi entre les parties qui l'ont consentie.

C'est ainsi que, en droit romain, l'addition d'une clause pénale validait la stipulation pour autrui :

« Pænam enim cum stipulatur quis, non illud inspi-« citur *quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas stipula-« tionis.* » (*Inst.*, § 10, *de inut. stipul.*)

Cette doctrine était aussi celle de notre ancien droit français, auquel notre Code l'a empruntée (comp. Pothier, n° 70; Mourlon, *Répert. écrit.*, t. II, p. 174, qui cite M. Valette.)

Nous y reviendrons d'ailleurs, lorsque nous nous occuperons des obligations avec clause pénale.

234. — A plus forte raison, faut-il l'appliquer dans le cas où le stipulant avait déjà, antérieurement à la stipulation qu'il fait pour un tiers, un intérêt pécuniaire à son exécution.

C'est par exemple, un tuteur, un mandataire, qui stipule, en son propre nom, pour son pupille ou pour son mandant; responsables personnellement de leur gestion, ils ont intérêt à ce qu'elle soit bien faite; et la vérité est qu'en stipulant pour autrui, ils stipulent en même temps pour eux-mêmes!

Il en serait ainsi dans le cas où un débiteur aurait sti-

pulé d'un tiers qu'il fournirait telle somme à son créancier; car il a intérêt à obtenir sa libération : « *ne forte* « *pæna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori* « *data sunt.* » (*Inst.*, § 20, *de inut. stipulat.*)

Dans ces hypothèses, l'intérêt du stipulant est immédiat et direct.

235. — M. Larombière ajoute, avec raison, que son intérêt pourrait même n'être que médiat et indirect; comme si je stipule, en mon nom, qu'une somme sera fournie à mon mandataire ou à mon fermier; cet intérêt que j'ai à la bonne exécution de mon mandat et à la bonne exploitation de ma ferme, suffit, quoiqu'il ne me soit pas directement personnel, pour valider la stipulation (comp. le § 20 précité, *des Institutes*).

Il se pourra, il est vrai, que, si mon mandataire ou mon fermier ne veut pas profiter de cette stipulation, je n'aie pas une action pour contraindre le promettant à me fournir cette somme que je n'ai pas stipulée pour moi; mais de ce que la stipulation serait subordonnée à l'acceptation du tiers, il n'en faut pas conclure qu'elle ne serait pas valable (comp. *infra*, n° 238; Larombière, t. I, art. 1119, n° 8).

236. — Ce que nous venons de dire du tuteur, du mandataire (*supra*, n° 234), nous le dirons aussi du gérant d'affaires.

Mais cet aspect de notre thèse mérite que nous nous y arrêtions davantage.

La théorie de la gestion d'affaires se rattache, en effet, particulièrement à la théorie des stipulations pour autrui; et il existe même entre elles une sorte de combat, dans lequel cette dernière a déjà reçu de rudes échecs, et où il se pourrait bien peut-être qu'elle finît par succomber!

Ce n'est pas ici le lieu d'exposer les principes de la gestion d'affaires; et toutefois, il nous paraît indispensable de rappeler, du moins, ceux de ces principes, qui

doivent placer dans son vrai jour notre thèse actuelle des stipulations pour autrui.

Eh bien donc! quand est-ce que l'on pourra valider, comme un acte de gestion d'affaires, la stipulation qu'une personne aurait faite pour un tiers?

Nous distinguerons, pour plus de clarté, trois hypothèses :

a. — Celle où le stipulant avait déjà, comme dit Pothier, *avant le temps de la convention* (n° 60), un intérêt pécuniaire à ce que l'affaire du tiers fût bien gérée;

b. — Celle où cet intérêt naît pour lui, *au temps de la convention*, et par l'effet de la convention même;

c. — Celle enfin où le stipulant paraîtrait n'avoir cet intérêt, ni *avant le temps de la convention, ni au temps de la convention.*

237. — *a.* — La première hypothèse est très-simple.

J'exploitais, en qualité de gérant d'affaires, le domaine de Paul qui est absent; j'avais déjà labouré les terres, fait les récoltes, lorsque l'un des bâtiments étant endommagé, je stipule, en mon nom, de Pierre, qu'il le réparera.

Cette stipulation faite par moi, dans le cours de ma gestion, relativement à un bien, qui fait partie du patrimoine de Paul, est, de l'aveu de tous, certainement valable; car j'avais intérêt à ce que la gestion par moi entreprise, fût continuée et bien conduite; c'est l'application même de l'article 1375 (comp. *supra*, n° 234).

238. — *b.* — Voici maintenant la seconde hypothèse.

Je n'ai fait encore aucun acte de gestion d'affaires sur les biens de Paul; et je stipule, en mon nom, de Pierre, qu'il réparera son bâtiment.

Cette stipulation est-elle valable?

On a vivement soutenu la négative; et c'est ici que va s'engager, en effet, la lutte entre les principes de la gestion d'affaires et les principes de la stipulation pour autrui :

1° La règle générale qui est posée, en termes exprès, par l'article 1119, est, dit-on, que l'on ne peut stipuler, en son propre nom, que pour soi-même;

Or, vous avez, au contraire, dans ce cas, stipulé, en votre propre nom, pour autrui;

Donc, cette stipulation doit être inefficace.

2° Est-il possible de la rendre efficace, en disant que vous vous êtes, par cette convention même, constitué le gérant d'affaires de Paul?

Mais ce serait mettre l'effet avant la cause!

La stipulation faite par le gérant d'affaires pour le maître, n'est valable que parce qu'il avait déjà lui-même, précisément en qualité de gérant, intérêt à faire cette stipulation;

Or, vous n'étiez pas encore, on le suppose, gérant d'affaires de Paul, lorsque vous avez fait, en votre nom, cette stipulation pour lui;

Donc, vous n'aviez pas intérêt à la faire, en une qualité qui n'existait pas encore dans votre personne; donc, on ne saurait considérer comme une gestion d'affaires cet acte isolé et unique, qui n'est, en soi, qu'une stipulation pour autrui, prohibée par l'article 1119.

C'est l'argument que présente notre regretté collègue, Vernet, dans son excellente étude sur la théorie des obligations en droit romain :

« Par le fait seul de la stipulation pour autrui, dit-il, il n'y a pas encore, de la part du stipulant, *negotiorum* GESTIO; il y a seulement *negotiorum* SUSCEPTIO.... » (p. 196).

3° Qu'arriverait-il, en effet, si cet argument était admis? c'est que la seconde règle de l'article 1119 disparaîtrait complétement et ne serait plus qu'une lettre morte, puisque, de toute stipulation qu'une personne ferait en son propre nom pour autrui, on pourrait toujours dire qu'elle constitue un acte de gestion d'affaires!

Il faut tenir, au contraire, toujours pour nulle une telle stipulation; et cela, lors même que le stipulant se

serait porté fort pour le tiers, dans l'intérêt duquel il stipulait; car, à la différence de l'article 1120, qui déclare valable la *promesse* pour un tiers, lorsque le promettant s'est porté fort pour lui, l'article 1121 ne déclare pas valable la *stipulation* pour un tiers, lors même que le stipulant se serait porté pour ce tiers (comp. Duranton, t. X, nos 236, 237).

Si sérieuse que cette argumentation puisse paraître, elle est, suivant nous, certainement inadmissible dans cette seconde hypothèse.

Pothier lui-même ne l'admettait pas (n° 59), à une époque pourtant où la doctrine des stipulations pour autrui avait encore une roideur extrême; à plus forte raison, ne devons-nous pas l'admettre aujourd'hui que cette doctrine ne saurait plus être entendue aussi rigoureusement.

C'est ce que nous allons entreprendre d'établir, dans la troisième hypothèse, beaucoup plus délicate encore, que nous avons annoncée (*supra*, n° 236); et les arguments que nous fournirons sur la troisième, seront, *a fortiori*, applicables à la seconde.

Nous voulons seulement ici répondre à l'objection, qui consiste à dire qu'il n'est pas possible de considérer comme une gestion d'affaires, une stipulation unique et isolée, qui ne se rattache à aucun fait de gestion antérieure?

Mais pourquoi donc? il faut bien apparemment que la gestion d'affaires commence par un premier acte, qui sera toujours, au début, un acte isolé et unique!

Bien plus! où est la nécessité que la gestion d'affaires se compose toujours d'une série d'actes successifs?

Et s'il n'y a qu'un seul acte à faire dans l'intérêt du maître, est-ce que cet acte, fût-il même une stipulation, ne constituera pas une gestion d'affaires?

Nous ne croyons pas que l'on puisse sérieusement le prétendre.

238 *bis*. — Aussi, les jurisconsultes romains validaient-ils, en effet, la stipulation pour un tiers, lors même qu'elle ne constituait qu'un acte isolé, dès qu'elle était relative à une chose, qui faisait partie du patrimoine de ce tiers.

Lorsque, par exemple, je vous avais prêté ou remis en dépôt une chose, et que vous la prêtiez vous-même à Primus, ou que vous la déposiez chez lui, sous la condition qu'il me la rendrait, j'avais, contre Primus, l'action résultant du contrat, que vous aviez fait avec lui (comp. L. 8, Cod. *ad Exhibendum;* L. 9, § 8, ff. *De rebus creditis*).

Et il en serait certainement de même dans notre droit (comp. art. 1935; 1994; Duranton, t. X, n° 235).

239. — *c*. Nous arrivons à notre troisième hypothèse (*supra*, n° 236.)

Pothier la propose en ces termes :

« Si je stipule, en mon nom, qu'on fasse quelque chose pour un tiers, sans que, avant le temps de la convention, j'aie eu, et sans que j'aie encore, au temps de la convention, aucun intérêt personnel que cela se fasse, c'est en ce cas vraiment stipuler pour un autre; et une telle convention n'est pas valable dans le for extérieur. Par exemple, si, par un pur intérêt d'affection pour Jacques, j'ai convention avec le propriétaire de la maison qui est vis-à-vis des fenêtres de Jacques, qu'il fera blanchir le devant de sa maison pour éclairer les chambres de Jacques, cette convention ne donnera aucun droit ni à Jacques, qui n'y était pas partie, ni à moi, qui n'ayant aucun intérêt personnel et appréciable à prix d'argent à l'exécution de cette promesse, ne puis prétendre aucuns dommages-intérêts résultant de cette inexécution. » (N° 60.)

Eh bien ! notre avis est que, même dans cette hypothèse, la stipulation devrait être encore le plus souvent déclarée valable ; et nous allons entreprendre de le démontrer.

Mais il conviendrait peut être de choisir, pour le succès de cette démonstration, un exemple autre que celui que Pothier propose; nous oserons dire que cet exemple, dans lequel la stipulation pour un tiers ne paraît pas offrir, en fait, d'intérêt bien sérieux, donne, même en droit, trop d'avantage à sa doctrine.

Les exemples ne manquent pas, dans lesquels, au contraire, ces sortes de stipulations seraient d'une grande utilité pratique, et où il serait désirable qu'elles pussent être faites valablement.

Paul, mon parent ou mon ami, est en voyage; il a une maison contiguë à un jardin appartenant à Pierre, et par lequel celui-ci consentait à le laisser passer, pour accéder plus facilement à la voie publique; mais Pierre va vendre son jardin; j'entrevois que l'acquéreur n'aura pas la même tolérance; et je stipule, en mon nom, pour Paul, que Pierre réservera, dans le contrat de vente, une servitude de passage pour la maison de Paul, et que celui-ci lui payera, pour cette cause, une somme de 10000 francs, lorsque l'acte de constitution de servitude sera dressé, dans le délai d'un mois, à son retour (j'ai vu cette espèce);

Ou bien Pierre, voisin de Paul, se dispose à vendre pour 10 000 francs à Jules, un terrain qui se trouve enclavé dans le domaine de Paul, et qui est tout à fait à sa convenance; je vais trouver Pierre; et je stipule de lui, qu'il vendra ce terrain à Paul, moyennant 12 000 francs, dans le délai d'un mois, après le retour de celui-ci;

Ou encore, en l'absence de Paul, une maison se trouve à louer; et sachant que Paul en a besoin, pour son habitation, pour son industrie ou son commerce, je stipule du propriétaire qu'il lui en consentira un bail de telle durée, à telles conditions.

240. — Nous allons essayer d'établir que ces stipulations devraient être presque toujours maintenues :

1° Et d'abord, on ne saurait méconnaître combien la

nuance est légère entre la première hypothèse, où Pothier et la plupart des jurisconsultes, avec lui, déclarent la stipulation valable, et la seconde hypothèse où ils la déclarent nulle.

Je stipule, en mon nom, de Pierre, qu'il réparera la maison de Paul; — on décide que la stipulation est valable (*supra*, n° 238).

Je stipule, en mon nom, de Pierre, qu'il consentira un droit de passage au profit de la maison de Paul; — on décide que la stipulation est nulle (*supra* n° 239).

Ces décisions sont-elles bien d'accord l'une avec l'autre ?

Il nous paraît permis d'en douter !

Il y a une nuance, pourtant, nous en convenons, entre ces deux exemples.

Dans le premier, j'agis directement sur un bien dès à présent appartenant à Paul; je m'ingère dans son patrimoine; tandis que, dans le second, je ne touche pas à son patrimoine; je n'y pénètre pas; et la stipulation que je fais, est en dehors de sa fortune actuelle; or, tel est, au contraire, dit-on, le caractère du quasi-contrat de gestion d'affaires, qu'il implique une immixtion effective dans le patrimoine du maître; donc, on ne saurait considérer comme un acte de gestion d'affaires le fait isolé d'une stipulation pour un tiers, lorsque cette stipulation n'atteint pas un bien actuellement dépendant de son patrimoine (Bordeaux, 21 juin 1827, Grellier, 1828, II, 8).

Nous ne nierons pas que cet argument est déduit de la notion la plus ordinaire, que l'on se fait, en général, du quasi-contrat de gestion d'affaires ; et nous l'avons nous-même employé incidemment, dans la matière des donations entre-vifs, où nous croyons, en effet, que les principes rigoureux de cette matière spéciale s'opposent à ce qu'un tiers, sans mandat, puisse faire une acceptation valable pour celui auquel une donation est offerte (comp. notre

Traité des Donations entre vifs et des Testaments, t. III, n° 65).

Mais, dans les contrats ordinaires de la vie civile, est-il vrai que cet argument ait la même force?

Nous ne le pensons pas ; et notre avis est, au contraire, qu'aucun principe de droit ni de raison ne s'oppose à ce que ces stipulations pour autrui puissent être considérées comme constituant une gestion d'affaires.

Telle est aussi la doctrine, que M. Labbé paraît professer, dans la remarquable *Dissertation*, qu'il a publiée sur *les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires :*

« Ne faut-il pas, dit-il, poser, comme principe, en matière de gestion d'affaires, qu'un gérant peut faire spontanément, sous la condition de la ratification, tout ce qui peut être fait par un mandataire? » (N° 64, p. 55.)

D'où notre savant collègue conclut, en effet, qu'une personne peut acheter un immeuble, en qualité de gérant d'affaires, pour un tiers, et qu'elle peut même, en conséquence, *faire transcrire l'acquisition, sans attendre l'aveu du véritable intéressé.*

2° Mais, dira-t-on, quand il s'agit vraiment d'un acte de gestion d'affaires, le maître, dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites;

Or, cette obligation du maître, qui naît à raison des actes par lesquels le gérant a administré, c'est-à-dire *conservé, réparé*, ou même seulement *amélioré* les biens qui faisaient déjà partie de son patrimoine, ne pourrait pas naître, au contraire, à raison des actes par lesquels le gérant, sans toucher au patrimoine actuel du maître, aurait voulu *l'augmenter* par des acquisitions nouvelles; et Paul, par exemple, ne serait pas tenu de ratifier l'acte par lequel j'aurais stipulé de Pierre que celui-ci lui vendrait un terrain, lors même que ce terrain serait

tout à fait à sa convenance, et que le prix en serait modéré;

Donc, ce n'est point là un acte de gestion d'affaires, valable d'après l'article 1375; donc, ce n'est là qu'une stipulation pour un tiers, nulle d'après l'article 1119.

L'objection est pressante; mais elle ne nous paraît pas pourtant irrésistible; et nous croyons pouvoir aussi l'écarter.

C'est que, en effet, pour qu'un acte fait par une personne, dans l'intérêt d'un tiers, puisse être valable, il n'est pas indispensable qu'il soit, par lui-même, nécessairement obligatoire de la part de celui dans l'intérêt duquel il a été fait; et lors même que ce tiers pourrait refuser sa ratification, l'acte n'en devra pas moins être maintenu, si, au lieu de la refuser, il l'accorde!

Nous en trouvons la preuve dans l'article 1998, qui est ainsi conçu :

« Le mandant est tenu d'exécuter les engagements « contractés par le mandataire, conformément au pou- « voir qui lui a été donné.

« *Il n'est teuu de ce qui a été fait au delà, qu'autant* « *qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.* »

Ainsi, lorsque le mandataire a excédé les limites de son mandat, deux points sont certains : d'une part, le mandant n'est pas tenu de ratifier ce qu'il a fait; mais aussi, d'autre part, il peut le ratifier; dans ce cas, ce que le mandataire a fait est valable, et on applique la règle : *Ratihabitio mandato æquiparatur* (comp. L. 24, ff. *De negotiis gestis;* et le commentaire de Cujas sur cette loi);

Or, le mandataire qui excédait son pouvoir, n'était plus mandataire; il n'était et ne pouvait être que gérant d'affaires!

« *Si habens mandatum*, dit Casaregis, *illud excedit*, « *vel contra facit*, DE MANDATORIO STATIM NEGOTIORUM GESTOR « EFFICITUR. » (Dist. 179, n° 174; comp. Papinien, L. XXXII,

ff. *de negot. gest.*; Pothier, *du Mandat*, n° 177; Delamarre et Lepoitevin, *du Contrat de Commission*, t. I, n° 128; Troplong, *du Mandat*, n°s 74 et 619);

Donc, il est vrai que l'on peut considérer comme gestion d'affaires un acte même, que le maître aurait pu ne pas ratifier, lorsque, au contraire, il le ratifie; c'est que, en effet, alors, la question de l'utilité de la gestion ne s'élevant pas, en fait, on comprend que le législateur n'ait pas permis de la soulever, en droit!

Ainsi, deux domaines étant mis en vente, je charge Paul, par un mandat très-précis, d'acheter, en mon nom, l'un des deux seulement; et voilà que Paul les achète, en mon nom, tous les deux!

Il est certain que, si je ratifie l'acquisition, qu'il a faite, de l'autre domaine, cette stipulation qu'il a faite, *en mon nom*, sera valable (comp. Pothier, n° 75).

Quelle est la conclusion à déduire de cet article 1998? Une conclusion très-importante, à savoir : que l'on peut stipuler valablement, pour autrui, *au nom d'autrui.*

Or, de cette prémisse ainsi démontrée, il est facile d'apercevoir les déductions qui vont nécessairement résulter pour notre thèse!

Car, cette thèse, amenée aux termes où nous en sommes, et qui sont bien les siens, n'offre plus, à vrai dire, qu'une question d'interprétation.

Il s'agit de savoir ce qu'a voulu, vraisemblablement et raisonnablement, celui qui a fait une stipulation, *en son propre nom,* pour un tiers; s'il a voulu faire un acte dérisoire et nul, ou s'il a, au contraire, voulu faire un acte sérieux et valable?

Eh bien, toutes les règles de l'interprétation exigent, d'accord avec la raison et le bon sens, que l'on se décide en faveur de la validité de la stipulation : *potius ut valeat quam ut pereat* (art. 1157; n° 216).

Et, pour arriver à ce résultat, le chemin est facile.

La stipulation faite par une personne, *au nom d'autrui*, est, disons-nous, valable;

Pourquoi?

Parce qu'elle est faite évidemment *dans l'intérêt d'autrui*, et que le stipulant ne doit pas être présumé avoir eu la prétention, impossible, en effet, et qui serait vraiment naïve par son impossibilité même, d'acquérir, pour lui, une action, dont le bénéfice serait pour un autre!

D'où il suit que la stipulation faite par une personne, *dans l'intérêt d'autrui*, doit être présumée faite *au nom d'autrui*; d'autant plus qu'il n'est pas nécessaire que des termes sacramentels soient employés pour annoncer cette intention de sa part ;

Or, s'il en est ainsi, nous n'avons plus qu'un pas à faire pour dire que la stipulation faite par une personne *pour autrui*, doit être présumée faite *dans l'intérêt d'autrui*, et, par conséquent, faite aussi *au nom d'autrui*. (arg. de l'article 1375).

On se récrie : voilà que la seconde règle de l'article 1119 devient une lettre morte comme la première!

Il se pourrait; mais, pour la seconde comme pour la première, nous répondrons qu'il ne faut ni s'étonner, ni se plaindre du sort, qui leur advient dans les mœurs de nos sociétés modernes. Ce sont là, de notre temps, des règles abstraites, qui ne peuvent guère s'expliquer que par l'histoire d'où elles procèdent, et qui sont bien déchues aujourd'hui de l'importance, un peu scolastique peut-être, qu'elles ont pu avoir autrefois (comp. *supra*, n° 216; Colmet de Santerre, t. V, n° 33 *bis*, III).

En conséquence, nous concluons :

En droit, que la stipulation faite par une personne *pour un tiers*, peut être interprétée en ce sens qu'elle a été faite, d'après la commune intention des parties, *dans l'intérêt du tiers*, et par suite *au nom du tiers;*

Et, en fait, que cette interprétation devra, le plus sou-

vent, être admise, surtout si la convention a été rédigée dans un acte, soit authentique, soit même privé, et si les clauses en ont été précisées;

La circonstance que le stipulant se serait porté fort pour le tiers serait certainement décisive en ce sens, malgré le dissentiment de Duranton (*loc. supra cit.*).

Il en serait ainsi de l'addition d'une clause pénale, pour le cas où le promettant ne remplirait pas sa promesse envers le tiers.

Et, dans ces différents cas, la partie avec laquelle le stipulant aurait fait cette convention pour le tiers, ne pourrait pas s'en départir, tant que le tiers n'aurait pas déclaré qu'il refuse sa ratification, sauf à faire déterminer un délai, dans lequel cette ratification devrait être fournie, si ce délai n'était pas déterminé par la convention (comp. *supra*, n° 240; Cass., 29 déc. 1824, la comp. du Phénix, D., 1825, t. XXVI; Colmar, 25 août 1826, Wit, D. 1827, 2, 124; Demante, t. v, n° 30; D. *Rep. alph.*, v° *Obligations*, n°s 276 et suiv.; Larombière, t. I, art. 1120, n° 9).

241. — La doctrine, que nous avons entrepris de combattre, a été entraînée, dans son application aux contrats synallagmatiques, à des conséquences qui nous fournissent encore, contre elle, un argument que nous ne saurions négliger.

« Supposons, dit Duranton, que, en convenant avec vous, que Paul vous passerait acte de vente de sa maison, moyennant 20 000 fr., et en me portant fort pour lui, vous m'ayez promis, de votre côté, de l'acheter aux mêmes conditions, et que Paul ait ensuite ratifié ma promesse. Il y a ici, de ma part, promesse et stipulation pour Paul : promesse, en ce que je vous ai promis, pour lui, qu'il vous passerait vente de sa maison; stipulation, en ce que vous m'avez promis d'acheter cette maison. La ratification de Paul l'oblige bien envers vous à passer l'acte de vente; et, s'il vous le passe, en effet, je serai

degagé de ma promesse de me porter fort envers lui; mais Paul n'aura pas, pour cela, acquis une action contre vous pour vous obliger à acheter sa maison; car, autrement, j'aurais utilement stipulé pour autrui, sans mandat, et hors des cas prévus par l'article 1121 » (t. X, n° 237).

Nous pensons, au contraire, que cette convention synallagmatique ne saurait être scindée de la sorte; l'obligation de l'acheteur est corrélative à l'obligation du vendeur; et si j'ai pu lier Paul envers vous, j'ai dû pouvoir vous lier envers Paul! (Comp. Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'enregistr.*, t. V, n° 225.)

242. — Si la théorie, que nous venons de présenter, est exacte, comme nous le croyons, elle pourrait servir aussi à poser sur une base juridique la pratique depuis longtemps admise et reconnue même par les lois, sous le nom de *déclaration de command* ou *élection d'ami*.

On sait que, dans toute vente, judiciaire ou volontaire, celui qui se rend acquéreur, peut déclarer qu'il achète pour lui ou pour un autre, qu'il se réserve de nommer ultérieurement; cette *déclaration de command ou élection d'ami* doit être faite dans un certain délai; et de deux choses l'une :

Ou elle n'est pas faite dans ce délai; et alors, l'acquéreur ostensible demeure propriétaire, comme s'il n'avait acheté que pour lui;

Ou elle est faite dans le délai; et alors, l'acquéreur ostensible, le *commandé*, disparaît; et c'est le *command* ou l'*ami* qui est réputé avoir été seul acquéreur.

Que le droit romain n'ait admis aucune pratique de ce genre, on le comprend sans peine! (*Supra*, n° 207; comp. le titre du Code, *Si quis alteri vel sibi.*)

Les déclarations de command sont, en effet, de jurisprudence moderne. L'origine en serait, d'après le président Favre, dans la répugnance que les personnes des classes élevées éprouvaient d'abord à voir leurs noms figurer dans les ventes publiques, *ut solent honestiores non pati nomina*

sua instrumentis inscribi. (L. 5, § 4, ff. *De auct. et constit.*); craignant qu'on ne les soupçonnât de cupidité et d'un abus de position envers la partie décrétée, elles s'y faisaient représenter par quelqu'un de confiance, qui déclarait acheter pour lui ou pour son *command* (liv. IV, t. IV, Def. 1, note 1, sur le titre précité). L'usage, d'ailleurs, s'en étendit bientôt des ventes publiques ou forcées aux ventes privées ou volontaires; et les praticiens le favorisèrent d'autant plus qu'il était un moyen de ménager à l'acquéreur une revente, sans être soumis aux droits seigneuriaux, contre lesquels ils étaient toujours en lutte.

C'est ainsi qu'il advint que *les déclarations de command* furent reconnues dans le domaine du droit civil; les jurisconsultes eux-mêmes les accréditèrent; et plusieurs coutumes, notamment celles d'Amiens, de Péronne et de Cambrésis, les autorisèrent expressément. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Command.*)

Nos lois modernes les ont aussi consacrées. (Comp. lois des 5 déc. 1790 et 13 sept. 1791; loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, n° 4, et § 7, n° 3; loi du 28 avril 1816, art. 44, 3°.)

Mais cet avénement scientifique de *la déclaration de command*, fut laborieux; et c'est précisément dans l'ancien principe, que l'on ne peut stipuler, en son propre nom, pour autrui, que se trouvait l'obstacle!

Il est curieux de voir comment les jurisconsultes, qui ne demandaient pas mieux que de la reconnaître, afin de soustraire le *command* à ces droits seigneuriaux, qu'ils combattaient en toute rencontre, comment, dis-je, ils s'efforçaient de la mettre en harmonie avec les principes du droit.

Il y en eut, d'abord, qui soutinrent que l'acquéreur en nom, *le commandé*, devait demeurer débiteur du prix envers le vendeur, malgré sa déclaration de command; c'était le système du président Favre (*loc. supr.*), de Dufresne, sur la coutume d'Amiens (art. 259), et d'Hébert

sur la coutume d'Artois (art. 192; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, p. 520.)

Mais ce système ne tendait à rien moins qu'à la destruction de la déclaration de command, qui ne pouvait plus, en effet, atteindre son but principal, qui est d'éviter un double droit de mutation !

D'autres entreprirent de la rattacher à la fiction d'un mandat, que l'acquéreur en nom devait être censé avoir reçu du command par lui déclaré; cette doctrine était celle de Dumoulin (*loc. supra cit.*), et de d'Argentré (*De laudimiis,* n° 21).

Mais voici la conséquence qu'ils étaient forcés d'en déduire eux-mêmes; c'est que l'acquéreur ne pouvait pas déclarer pour command une personne qui était incapable au jour du contrat, lors même qu'elle se serait trouvée capable au jour de la déclaration.

Or, jamais la pratique n'a consenti à reconnaître la nécessité de cette condition, qui pouvait, en effet, lui être une entrave considérable, à l'époque où le délai pour déclarer command n'était pas, à beaucoup près, aussi limité qu'il l'est aujourd'hui ! (Comp. de Sudre, *des Lods,* § 11, n° 27.)

Ces deux explications étant écartées, et dès qu'il est reconnu, d'une part, que, après la déclaration de command, le commandé *est, de plein droit, subrogé à l'acquéreur qui a fait la déclaration* (loi du 13 sept., 16 oct. 1791); et, d'autre part, qu'il n'y a lieu de supposer, entre le commandé et le command, aucune fiction de mandat, que reste-t-il, pour expliquer juridiquement cette pratique, autre chose que la gestion d'affaires?

C'est ainsi, en effet, que nous voudrions l'expliquer, en considérant que le commandé a été le gérant d'affaires du command.

243. — Et, ainsi expliquée, la déclaration de command, loin de constituer une dérogation aux principes du droit civil, n'en serait, au contraire, qu'une application.

D'où il suivrait qu'elle ne serait pas restreinte à telle ou telle espèce de vente, ni même à telle ou telle espèce de contrat; et qu'elle pourrait être employée, en vertu de l'article 1121 combiné avec l'article 1375, dès que la stipulation, faite par une personne, pour elle-même ou pour un tiers, qu'elle se réserverait, dans le contrat, la faculté de déclarer, pourrait être considérée comme un acte de gestion d'affaires (comp. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistr.*, t. III, n° 135).

Nous reviendrons, d'ailleurs, sur ce sujet spécial, lorsque nous nous occuperons du *contrat de vente* (comp. aussi, art. 707, *Code de procéd.;* Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 76).

244. — Que faudrait-il décider dans le cas où une personne aurait stipulé, en son propre nom, à la fois pour elle-même et pour un tiers?

Les jurisconsultes romains avaient prévu cette hypothèse : « .... *Si quis alii et sibi dari decem aureos stipula-* « *tus est*..... » (Inst., § 4, *De inut. stipul.*)

Et ils s'étaient divisés sur la solution : les Sabiniens déclarant la stipulation valable pour le tout, *in universum* (Gaius, comm. III, § 103) ; — les Proculéiens, au contraire, décidant qu'elle n'était valable que pour la moitié... *in partem dimidiam* (L. 95, *princ.*, ff. *De verb. obligat.*):— c'est ce dernier avis que Justinien avait adopté dans ses Institutes (*loc. supra cit.;* comp. toutefois, l. 64, ff. *De contrah. empt.;* Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. I, p. 216).

De ce que nous venons de dire, il résulte que, dans notre droit moderne, une telle stipulation vaudra, presque toujours, telle qu'elle a été faite : en partie, au profit du stipulant ; en partie, au profit du tiers; soit parce que la stipulation pour le tiers devrait être considérée comme une condition de la stipulation faite par le stipulant pour lui-même; soit parce que celui-ci devrait être considéré comme ayant agi en qualité de gérant d'affaires (*supra*, n° 240).

Mais s'il arrivait que la stipulation au profit du tiers fût inefficace, parce qu'on la déclarerait nulle ou parce que le tiers ne voudrait pas en profiter, la question naîtrait encore dans notre droit; et nous croyons qu'en principe, il conviendrait de la décider dans le sens qui avait prévalu chez les Romains; c'est-à-dire que la stipulation ne serait valable au profit du stipulant que pour la moitié seulement; car, en principe, la conjonction de plusieurs personnes dans le même contrat entraîne la division des obligations qui en résultent; et chacune des parties, qui y figurent, n'acquiert la créance ou ne supporte la dette que pour sa part virile.

Toutefois, ce n'est là qu'une donnée générale, qui n'est pas, à beaucoup près, absolue; et comme il s'agit d'une question d'interprétation et de rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, il se pourra que l'on doive décider que la stipulation vaudra tout entière au profit du stipulant; comme si, par exemple, l'objet de la stipulation était indivisible ou n'était même divisible qu'avec difficulté et avec perte, si la solidarité avait été stipulée, etc. (comp. Larombière, t. I, art. 1120, n° 10).

245. — Il ne faut pas, d'ailleurs, confondre la stipulation dont nous venons de parler, qui est faite par une personne pour elle-même *et* pour un tiers, avec celle par laquelle une personne stipule pour elle-même *ou* pour un tiers, afin seulement que le promettant puisse se libérer entre les mains de ce tiers.

« *Mihi* AUT *Seio dare spondes...* » (Inst., § 4, *De inut. stipul.*)

Dans ce cas, en effet, le bénéfice de la stipulation appartient tout entier au stipulant, qui devient seul créancier. « .... *Constat mihi soli adquiri obligationem.* » (L. 141, § 5, ff. *De verb. obligat.*); et le tiers adjoint n'est qu'un mandataire indiqué pour recevoir; d'où est venu le nom, qui lui a été donné, d'*adjectus solu-*

tionis gratia (comp. l. 95, § 5, ff. *De solut. et liber.*; art. 1239).

Voilà bien pourquoi le payement ne peut pas être fait à ses héritiers, après que le mandat est éteint par sa mort (l. 11, ff. *De solut. et liber.*).

Il est vrai que, en général, le stipulant ne peut pas empêcher le promettant de payer entre les mains du tiers désigné comme mandataire pour recevoir; mais c'est que cette désignation est elle-même une des clauses du contrat, dont le promettant a le droit aussi de se prévaloir, *jure stipulationis*, dit très-bien Gaius (l. 106, ff. *De solut.*), à moins qu'il ne résulte des termes de l'acte ou des circonstances qu'elle n'a eu lieu que dans l'intérêt du stipulant (arg. de l'art. 1865).

246. — Le second cas indiqué par l'article 1121, dans lequel la stipulation faite par une personne, en son propre nom, pour un tiers, est valable, est celui où telle est la condition d'une donation qu'elle fait à un autre (*supra*, nos 232 et 233).

En donnant ma maison à Paul, je stipule qu'il servira une rente viagère de 1000 francs à Pierre.

Cette stipulation est valable.

La raison en est évidente!

C'est que, dans ce cas encore, le vice qui rend inutile la stipulation pour un tiers, est purgé.

Ce qui la rend inutile, c'est le défaut d'intérêt du stipulant et, par suite, l'impossibilité, de sa part, d'une action en justice.

Or, voici, au contraire, que le stipulant a un intérêt, puisqu'il n'a fait la donation que sous cette condition ou cette charge; et, par conséquent, si le donataire ne la remplit pas, le donateur aura l'action en révocation pour cause d'inexécution de la condition (art. 953; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 90).

M. Larombière propose une distinction entre le cas où

le stipulant est *intéressé directement et pécuniairement* à l'exécution de la charge, qu'il a stipulée au profit du tiers, et le cas où il n'y a pas un intérêt direct et pécuniaire; et, dans ce dernier cas, le savant auteur décide que le stipulant n'a pas d'action en révocation contre le promettant (t. I, art. 1121, n° 11).

Nous ne saurions admettre cette distinction :

La charge que le donateur a imposée au donataire, au profit du tiers, est une condition, sans laquelle la donation, peut-être, n'aurait pas été faite; et le donateur a, suivant nous, toujours le droit de demander la révocation contre le donataire qui n'exécute pas la condition!

Aussi, M. Larombière ne paraît-il pas lui-même très-ferme dans sa doctrine (*loc. supra cit.*).

247. — Cette explication prouve assez que notre article 1121 n'est qu'énonciatif, lorsqu'il ne cite que le cas d'une donation.

Il est évident, en effet, qu'il faut appliquer la même doctrine à toute espèce d'aliénation, non-seulement à titre gratuit, mais encore à titre onéreux, qui aurait été faite sous la condition que l'acquéreur accomplirait une certaine prestation au profit d'un tiers (comp. Pothier, n° 71).

Dans la vente, que je fais de ma maison à Paul, je stipule qu'il servira une rente viagère de 1000 francs à Pierre.

C'est une partie du prix! et si Pierre ne sert pas la rente, je pourrai certainement, moi, vendeur, demander la résolution de la vente pour inexécution des conditions (art. 1184 et 1654).

Donc, j'ai une action pour contraindre Paul à l'exécution de la stipulation, que j'ai faite au profit de Pierre;

Et si j'ai une action, la stipulation est valable.

248. — Nous venons de voir quel est, relativement au stipulant, l'effet de la stipulation pour un tiers.

Voyons-en maintenant l'effet, relativement au tiers lui-même (*supra*, n° 231).

Et d'abord, il est bien entendu que nous supposons une stipulation que les parties contractantes ont voulu faire au profit et dans l'intérêt d'un tiers. Il ne suffirait pas, en effet, que, dans une convention, une clause avantageuse, en soi, pour un tiers, eût été stipulée, pour que ce tiers fût fondé à en demander l'exécution à son profit; si, d'ailleurs, les parties ne l'avaient pas stipulée en vue de ce tiers lui-même et dans son intérêt (comp. Caen, 14 novembre 1847, commune d'Honfleur, Dev., 1848, II, 716).

Il ne s'agit donc ici que d'une stipulation faite au profit d'un tiers; et c'est uniquement de celle-ci que nous demandons quel en est l'effet.

Cette partie de notre sujet a été, dans l'histoire du droit privé, longtemps incertaine et des plus controversées.

Deux théories, extrêmes en sens inverse, se sont successivement produites :

L'une, d'après laquelle aucune action ne pouvait naître, au profit du tiers, de cette convention à laquelle il était étranger; c'était la théorie de l'ancien droit romain, qui accordait seulement au stipulant la *condictio ob causam dati causâ non secutâ*, dans le cas où le promettant n'accomplissait pas, envers le tiers, la charge qu'il avait promis d'accomplir : *placiti fide non impletâ* (L. 3, Cod. *de Donat. quæ sub mod.*);

L'autre, au contraire, d'après laquelle le tiers acquérait une action, indépendamment de toute acceptation de sa part, et sans que le droit qui lui était acquis, par le seul fait de la stipulation faite à son profit, pût lui être retiré par un changement de volonté du stipulant; c'était la théorie, que beaucoup d'auteurs soutenaient dans notre ancien droit français, contrairement à d'autres, qui voulaient que le droit ne fût acquis au tiers, qu'autant que

celui-ci l'avait accepté avant toute révocation (comp. Pothier, nos 72-73; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Stipulation pour autrui*).

Mais ces deux théories étaient, en effet, extrêmes; et c'est très-justement que le droit moderne les a, en quelque sorte, fondues ensemble, pour en former une théorie intermédiaire beaucoup plus logique, suivant nous, et plus équitable :

D'une part, le tiers peut accepter la stipulation qui a été faite à son profit, et acquérir ainsi une action contre le promettant; c'est ce que les constitutions impériales (de Dioclétien et Maximien), *benigna juris interpretatione*, avaient fini par admettre, en lui accordant une action *utile* (L. 3 précitée); et notre ancienne jurisprudence française s'y était conformée, d'après *l'équité naturelle*. (Pothier, *loc. sup. cit.*); telle est aussi la règle que notre article 1121 consacre.

Est-ce à dire, (comme nos anciens semblent le supposer), que cette règle n'ait d'autre fondement qu'une concession bienveillante du législateur, inspiré par l'équité? nous croyons, au contraire, qu'il est possible de l'asseoir sur une base juridique; en effet, la stipulation faite par le stipulant au profit du tiers, constitue une offre à son adresse; or, pourquoi cette offre ne pourrait-elle pas être acceptée par lui comme toute offre quelconque? il n'y en aurait pas de motif! c'est ainsi que l'offre d'une donation faite à une personne peut être acceptée par elle dans un acte séparé et postérieur; l'analogie nous paraît adéquate (arg. 932).

Mais aussi d'autre part, la stipulation faite au profit du tiers peut être révoquée, tant qu'il ne l'a pas acceptée; car il n'a pas pu acquérir un droit irrévocable, sans sa volonté et peut-être même à son insu, par l'effet d'un contrat auquel il est étranger; ce n'est pas qu'il n'y eût une certaine force dans la doctrine des anciens auteurs, qui voulaient que le droit fût irrévocablement acquis

au tiers, par l'effet même de la stipulation faite à son profit; leur argument qui consistait à dire que cette stipulation constituait, non pas une convention particulière et distincte, mais le mode seulement et, en quelque sorte, la manière d'être de la convention faite par le stipulant, et que cette convention était indivisible, cet argument n'était pas sans valeur; et nous verrons, en effet, qu'il faudra lui faire sa part, pour le cas de décès du stipulant ou du tiers, avant l'acceptation de celui-ci (*infra*, n° 252); mais tant que les choses sont entières, il a paru plus logique d'admettre la maxime : *Res eodem modo dissolvi possunt, quo fuerunt colligatæ.*

249. — La stipulation faite pour le tiers peut donc être révoquée, tant qu'il n'a pas manifesté l'intention d'en profiter.

Mais par qui peut-elle être révoquée?

Il résulte des termes mêmes de l'article 1121, qu'elle peut l'être par *celui qui a fait la stipulation*, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du promettant.

C'est que, en effet, ordinairement, dans ces sortes de clauses, ce n'est que le stipulant qui a l'intention de gratifier le tiers; et il est tout simple alors qu'il puisse retirer, par sa seule volonté, cette offre de libéralité, qui n'émane que de sa volonté seule et dans laquelle le promettant est sans intérêt (comp. Grenoble, 9 août 1843, Guillaud, Dev., 1845, II, 486; Cass., 27 déc. 1853, Grandmaison, Dev., 1854, I, 81; Duranton; t. X, n° 245).

250. — Mais ce motif même démontre qu'il en serait autrement, dans le cas où le promettant aurait eu lui-même une intention libérale pour le tiers, au profit duquel il a promis d'exécuter la charge, ou plus généralement dans le cas où il aurait un intérêt quelconque à ce que cette charge fût exécutée, en effet, au profit du tiers; comme si, par exemple, dans la vente qu'un frère a faite

à son frère de sa maison, il avait été convenu qu'une rente viagère de 500 francs serait payée, aux dépens du prix, à un vieux serviteur de leurs parents communs, ou qu'une partie de ce prix serait payée, par l'acquéreur, à un tiers, qui se trouvait être son débiteur.

Il est clair que la stipulation au profit du tiers, ne pourrait être révoquée dans ces cas, que par le mutuel consentement du stipulant et du promettant.

251. — La stipulation au profit du tiers a été, nous le supposons, régulièrement révoquée.

Mais le bénéfice de cette stipulation, que va-t-il devenir? et à qui doit-il profiter?

Une distinction du même genre, à peu près, que celle qui précède, doit encore ici être faite.

De deux choses l'une :

Ou la charge, qui avait été stipulée au profit du tiers, est de nature à pouvoir être exécutée au profit du stipulant lui-même, sans aucune aggravation au préjudice du promettant; et alors, elle devra être, en effet, exécutée au profit du stipulant, sans que le promettant ait le droit de s'en plaindre, puisque sa position n'est pas changée; le stipulant apparemment, par cela seul qu'il retire l'offre de libéralité qu'il avait faite au tiers, ne saurait être présumé vouloir faire cette libéralité au promettant! Si donc, c'était une somme d'argent que le vendeur avait chargé l'acquéreur de payer à un tiers, à même de son prix, l'acquéreur devra la payer au vendeur, si celui-ci révoque la stipulation qu'il avait faite au profit du tiers (comp. Grenoble, 9 août 1843, Guillaud, Dev., 1845, II, 486; Cass., 27 déc. 1853, Grandmaison, Dev., 1853, I, 81);

Ou, au contraire, la charge est telle qu'elle ne puisse pas être exécutée au profit du stipulant sans une aggravation au préjudice du promettant, ou même qu'elle ne puisse pas être du tout transportée de la personne du tiers à une autre; et alors, le stipulant ne pourra, dans le premier cas, se substituer au bénéfice de cette charge,

qu'en maintenant le droit acquis au promettant *jure stipulationis ;* et même dans le second cas, il ne pourra pas s'y substituer du tout.

C'est un usufruit, par exemple, ou une rente viagère, qui avait été stipulé au profit du tiers; le stipulant pourra bien demander que, par l'effet de la révocation de sa stipulation, le bénéfice de l'usufruit ou de la rente viagère lui profite; oui! mais seulement pendant la vie du tiers lui-même, et de manière à ce que la condition du promettant n'en soit pas aggravée.

Et si la charge, stipulée au profit du tiers, consistait dans un service à lui rendre, comme, par exemple, à réparer sa maison ou à lui enseigner une science, la révocation de la stipulation ne pouvant pas profiter au stipulant, profiterait alors, par la force même des choses, au promettant lui-même! (Comp. Merlin, *Repert.*, v° *Convention,* § 4; Duranton, t. X, n° 246; Colmet de Santerre, t. V, n° 23 *bis*, VII; Larombière, t. I, art. 1121, n° 6.)

252. — La mort du stipulant opère-t-elle, de plein droit, la révocation ou plutôt l'extinction de la stipulation faite par lui au profit du tiers?

Le tiers peut-il, au contraire, accepter, même après sa mort ?

Et, en cas d'affirmative, les héritiers du stipulant peuvent-ils, comme leur auteur, la révoquer, tant que le tiers ne l'a pas acceptée ?

Questions controversées, que nous avons, pour notre part, résolues en ce sens que, par la mort du stipulant, la stipulation faite à son profit devient irrévocable.

Nous ne pouvons que persévérer dans cette doctrine, en nous référant à la démonstration par laquelle nous croyons l'avoir justifiée. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments,* t. III, n°s 92-93.)

253. — Nous avons aussi pensé que, dans le cas où le tiers gratifié serait mort avant d'avoir accepté, ses héritiers pourraient accepter à sa place, à moins qu'il ne ré-

sultât des termes du contrat ou de la nature de son objet que le droit n'avait été stipulé qu'au profit de leur auteur personnellement. (Comp. notre *Traité* précité, t. III, n° 94.)

Et ceci nous paraît être encore une preuve très-significative du caractère particulier de cette stipulation au profit d'un tiers, qui ne constitue pas elle-même une convention principale et indépendante, mais plutôt un mode accessoire et subordonné, ou même, comme nous l'avons dit, la manière d'être d'une convention unique et indivisible; ce qui explique comment certains jurisconsultes, autrefois, voulaient que le droit fût acquis au tiers, indépendamment même de toute acceptation de sa part! (*Supra*, n° 248.)

254. — Le tiers, au profit duquel la stipulation a été faite, peut, disons-nous, l'accepter.

Son acceptation n'est pas même soumise aux formes solennelles de l'acceptation de la donation entre-vifs;

Pas plus que l'offre qui lui a été faite, par le stipulant, n'y est elle-même soumise.

Elles sont, en effet, l'une et l'autre, non pas des actes *portant donation entre-vifs*, mais de simples modalités accessoires d'un contrat principal, ou, plutôt, d'un contrat unique qui n'est pas soumis, on le suppose, à ces formes solennelles, et qui, étant valable dans la forme qui lui est propre, doit être valable, en cette forme, tout entier, et avec toutes les clauses qui le constituent. (Comp. notre *Traité* précité, t. III, n° 91.)

C'est ainsi qu'une stipulation, faite par un père au profit de son enfant mineur, comme condition d'une stipulation faite pour lui-même, devient immédiatement irrévocable au profit de l'enfant, parce qu'elle est réputée acceptée, en son nom, par son père, en sa qualité d'administrateur légal ou de tuteur. (Comp. Cass., 25 avril 1853, Lemeneur, Dev., 1853, I, 488; Lyon, 2 juin 1863, Chapuis, Dev., 1863, II, 202; Colmar, 27 fév. 1865,

Schneider, Dev., 1865, II, 33; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 565; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 295; Larombière, t. I, art. 1121, n° 7.)

255. — Après l'acceptation faite par le tiers, le promettant est-il obligé, envers lui, d'exécuter la stipulation?

Il faut distinguer, dit très-bien Pothier, si la stipulation au profit du tiers, est *in conditione aut in modo* (n°s 70-71).

Dans le premier cas, c'est-à-dire si la stipulation au profit du tiers constitue une condition suspensive du contrat ou de la donation, le tiers n'a pas d'action contre le promettant pour le contraindre à l'accomplir;

Tandis qu'il a de suite une action contre lui, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la stipulation constitue un mode ou une charge de la donation ou du contrat, qui est, dès actuellement, parfait.

« Je vous donne ma maison, *si vous donnez* 10 000 *fr. à Paul.* »

Il est clair, dans ces termes-là, qu'il dépend de vous de donner ou de ne pas donner 10 000 fr. à Paul; et, par conséquent, Paul n'a pas d'action pour vous y contraindre; car la donation, que je lui ai faite, est subordonnée, dans son existence, à cette condition suspensive et facultative de votre part.

Mais, si j'ai dit, au contraire :

« Je vous donne ma maison, à la charge, par vous, de donner 10 000 fr. à Paul »;

Cette donation que je vous fais de ma maison, est pure et simple; et dès que vous l'aurez acceptée, Paul aura une action contre vous, pour vous contraindre à exécuter la charge dont elle est affectée, et que vous vous êtes obligé d'accomplir; en l'acceptant.

Cette distinction entre la *condition* et le *mode*, dans la stipulation au profit d'un tiers, n'est pas nettement marquée dans l'article 1121; ou plutôt même, cet article

paraît bien ne se rapporter qu'au seul cas où cette stipulation constitue un mode (comp. L. 3, Cod. *De donat. quæ sub modo*).

Mais la distinction n'en est pas moins vraie, puisqu'elle dérive de l'interprétation de la volonté des parties. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 33 *bis* IV; Larombière, t. I, art. 1121, n°s 2 et 12.)

256. — L'action, qui appartient, contre le promettant, au tiers au profit duquel la stipulation a été faite, est-elle revêtue des mêmes garanties que l'action, qui appartient au stipulant lui-même?

J'ai donné ou vendu ma maison à Paul, en stipulant qu'il payera 10 000 fr. à Pierre.

Si Paul ne lui paye pas les 10 000 fr., Pierre aura-t-il, dans le premier cas, le droit de demander la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions? (Art. 953.)

Et, dans le second cas, aura-t-il soit le privilége du vendeur, soit le droit de demander la résolution de la vente? (Art. 1654, 2103.)

On pourrait être porté d'abord à croire que la communauté d'origine, qui unit ces deux actions, l'une au profit du stipulant, l'autre au profit du tiers, doit, en effet, leur communiquer la même nature et les mêmes attributs.

Mais ce premier aperçu ne serait pas exact; et nous croyons, au contraire, qu'il faut répondre négativement.

Quoique dérivant du même contrat, ces deux actions n'en sont pas moins distinctes; et la stipulation faite au profit du tiers, bien que formant une clause accessoire du contrat principal, ne s'y confond pas absolument; il y a donc là, en effet, deux actions distinctes qui ont, chacune, sa cause propre et ses effets particuliers.

Comment le tiers pourrait-il demander la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions? est-ce qu'il est donateur, lui? évidemment non!

(Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 597.)

Vendeur, il ne l'est pas davantage! et il ne peut, en conséquence, non plus prétendre au privilége ni au droit de résolution.

Il en serait autrement, sans doute, si la stipulation au profit du tiers constituait une cession ou une délégation d'une partie du droit du donateur ou du vendeur lui-même; mais alors nous ne serons plus dans notre sujet; car telle n'est pas certainement l'hypothèse, dont l'article 1121 s'occupe (comp. Larombière, t. I, art. 1121, n° 10).

257. — L'action en révocation ou en résolution n'appartient donc qu'au donateur ou au vendeur, contre le promettant, lorsque celui-ci n'exécute pas la charge qui lui a été imposée au profit du tiers.

Mais qu'adviendra-t-il de cette charge, si le stipulant obtient la révocation ou la résolution de la donation ou de la vente contre le promettant ?

Le tiers sera-t-il privé ainsi du bénéfice de la stipulation ?

Pourra-t-il, au contraire, le réclamer encore ?

Et, en cas d'affirmative, contre qui ?

Voici, sur ces divers points, la doctrine de M. Larombière :

« *En cas de révocation ou de résolution, le tiers ne peut exiger le payement du mode; et le promettant, s'il a payé, a la répétition de l'indu, parce que, autrement, le payement aurait eu lieu ou a déjà eu lieu sans cause.* Il y a mieux ; le tiers, destitué du bénéfice de la stipulation secondaire, alors du moins qu'elle n'est qu'une libéralité pure à son égard, n'a aucune action en dommages-intérêts contre celui par le fait duquel la résolution s'est opérée; car cette action ferait obstacle à ce que les parties fussent remises au même et semblable état qu'avant la convention ; elle aurait même pour résultat indirect de faire produire effet à la stipulation accessoire. Le tiers a con-

séquemment intérêt à prévenir une résolution, *qui entraîne, avec elle, la révocation de la stipulation secondaire;* il n'aura qu'à désintéresser le stipulant, et à écarter ainsi les causes d'une action en résolution; il aura également à veiller à ce que la résolution ne s'opère pas en fraude de ses droits. » (T. I, art. 1121, n° 10.)

Cette doctrine est-elle bien exacte ?

Nous ne le croyons pas.

D'abord, comment admettre que le tiers, devenu créancier du promettant, par l'acceptation de la stipulation, qui a été faite à son profit, puisse être ainsi privé de sa créance et du droit qui lui était acquis d'en exiger le payement ! c'est à quoi il nous serait impossible d'adhérer; et, non-seulement nous n'accorderions pas au promettant le droit d'exercer la répétition de ce qu'il lui aurait déjà payé dans le passé (ce qui serait véritablement excessif, puisqu'il pourrait même répéter les arrérages d'une pension viagère!); mais nous maintenons que le droit d'exiger, dans l'avenir, le payement de la charge, ne cesserait pas d'appartenir au tiers.

Objectera-t-on que cette charge n'est qu'un mode accessoire du contrat principal; et que de même que le droit du tiers n'aurait pas pu naître, malgré son acceptation personnelle, si le contrat principal ne s'était pas formé; de même il doit cesser d'exister, dès que le contrat principal est résolu. Ainsi je vais chez un notaire, et je déclare donner ma maison à Paul, à la charge par lui de servir une rente de 1000 francs à Pierre; Pierre accepte de suite cette rente, et même il notifie à Paul en même temps qu'à moi son acceptation. Mais voilà que la donation principale ne peut pas se former, parce que Paul la refuse ou qu'il est mort avant de l'avoir acceptée. Est-ce que Pierre pourra réclamer, contre le donateur lui-même, le service de la rente de 1000 francs? non, sans doute; car le donateur ne s'est pas obligé personnellement à lui servir cette rente; et cette obligation accessoire n'étant

que la charge d'une obligation principale qui ne s'est pas formée, il faut dire : *cum principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur, consistere possunt.* Or, il en doit être *après* comme *avant;* et la charge, qui ne peut pas naître sans l'obligation principale, ne saurait, davantage, lui survivre !

Cette objection pourtant ne nous persuade pas.

Peut-être pourrait-on répondre que la charge, une fois acceptée par le tiers, constitue, à son profit, un droit acquis, lors même que la donation, dont cette charge est un mode, ne serait pas acceptée par le donataire ; nous ne le ferons pas toutefois ; et notre avis est, en effet, dans ce cas, que cette donation unique, dont la stipulation au profit du tiers n'était qu'une des clauses, ne s'étant pas formée, aucun droit n'a pu en naître au profit de personne.

Mais ce que nous ne croyons pas devoir concéder, c'est qu'une fois, au contraire, que la donation a été formée régulièrement, et que le droit a été acquis au tiers, envers lequel le donataire est devenu débiteur personnel, ce tiers, devenu créancier de la charge, puisse en être privé, parce que le promettant manque à l'exécuter !

Ce mode d'extinction de l'obligation, qui existait à son profit, ne serait, suivant nous, ni juridique, ni équitable.

Et nous concluons que, malgré la révocation ou la résolution du contrat principal prononcée contre le promettant, le tiers doit toujours avoir le droit de demander, à son profit, l'exécution de la charge.

258. — Mais contre qui aura-t-il ce droit?

Le conservera-t-il contre le promettant, le donataire ou l'acquéreur ?

L'obtiendra-t-il contre le stipulant, le donateur ou le vendeur ?

Il faut distinguer :

Si le tiers était en cause dans l'instance en révocation

ou en résolution, qui a été introduite par le stipulant, soit parce que l'une des parties l'y avait appelé, soit parce qu'il y était intervenu, de deux choses l'une:

Ou il a conclu lui-même, avec le stipulant, contre le promettant, à la résolution ou à la révocation, en demandant que la charge fût désormais exécutée par le stipulant ;

Ou il a conclu, au contraire, au maintien de la donation ou de la vente, en même temps que de l'obligation personnelle, dont le promettant est tenu envers lui ?

Dans le premier cas, si la révocation ou la résolution est prononcée, le stipulant sera substitué au promettant envers le tiers, quant à l'exécution de la charge; en ce sens qu'il ne reprendra la chose par lui donnée ou vendue, que sous la condition d'exécuter la charge, dont le promettant était lui-même tenu;

Et, dans le second cas, il est très-vraisemblable que les magistrats ne prononceront pas la résolution ou la révocation du contrat principal, sur les conclusions du stipulant, pour cause d'inexécution de la charge au profit du tiers, puisque nous supposons que le tiers lui-même conclut au maintien du contrat.

Il se pourrait, pourtant, que la résolution ou la révocation fût demandée, par le stipulant, pour cause d'inexécution d'une charge qui aurait eté stipulée à son profit à lui-même; et alors, en effet, comme dit M. Larombière, le tiers pourrait sans doute conjurer cette résolution, en désintéressant le stipulant; mais, si la résolution était prononcée, nous croyons encore qu'elle ne pourrait l'être qu'à la charge, par le stipulant, d'exécuter le mode, dans l'intérêt du tiers, au lieu et place du promettant.

Que si on suppose, enfin, que le tiers n'était point partie dans l'instance par suite de laquelle la résolution a été prononcée au profit du stipulant, il nous semblerait impossible encore d'admettre que le promettant fût libéré personnellement envers lui; il devrait s'imputer

de ne l'avoir pas mis en cause ; et nous croyons qu'il demeurerait débiteur de la charge, sauf à s'en faire indemniser désormais par le stipulant.

Telle serait notre doctrine sur ces diverses complications, qu'il est regrettable peut-être que notre Code n'ait pas prévues.

259. — Nous voici enfin à l'article 1122, qui se rattache également à l'une et à l'autre règle de l'article 1119 (*supra*, n° 204).

Il est ainsi conçu :

« On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héri-
« tiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit
« exprimé ou ne résulte de la nature de la convention. »

Cet article renferme, disons-nous, une disposition commune à la double règle, d'après laquelle on ne peut, en général, ni *s'engager*, *ni stipuler*, en son propre nom, que pour soi-même.

Mais, pourtant, il ne mentionne que la stipulation. « On est censé avoir stipulé.... »

La réponse est que le mot : *stipuler*, offre, dans notre droit français, deux acceptions : l'une, spéciale ; l'autre, générale.

Dans son acception spéciale, qui est l'acception romaine et technique, il signifie devenir créancier.... *cum quid dari fieri ve nobis stipulamur* (Inst. princ. de *Verb. obligat.*); et le terme, exactement corrélatif, de *stipuler*, pris en ce sens, c'est *promettre* (Inst. princ. *De auct. tutorum*);

Tandis que, dans son acception générale, qui est moderne et moins scientifique, le mot *stipuler* signifie *contracter*, et s'applique aux différentes clauses, actives et passives, de la convention (comp. art. 1772, 1773).

Or, il est arrivé que les rédacteurs de notre Code ont appliqué successivement à ce mot, les deux acceptions qu'il comporte : son acception spéciale, dans l'article 1119; et son acception générale, dans l'article 1122.

Du moins, cette observation est-elle certaine, en ce qui concerne les héritiers des parties contractantes.

Nous verrons qu'elle n'est pas aussi complétement exacte, en ce qui concerne leurs ayants cause.

260. — C'est que, en effet, les principes relatifs à la transmissibilité des droits et des obligations, qui résultent des contrats, ne sont pas les mêmes : soit relativement aux héritiers des parties contractantes, soit relativement à leur ayants cause.

Et il est nécessaire de les examiner séparément a l'égard des uns et à l'égard des autres.

261. — *A*. Occupons-nous, d'abord, des héritiers.

Rien de plus simple, en ce qui les concerne, que le principe posé par l'article 1122; il revient à dire, en effet, que les *héritiers* ne sont pas *des tiers*, relativement à *leur auteur!*

Et notre texte en déduit cette conséquence que ce n'est pas stipuler ni promettre pour autrui, que stipuler ou promettre pour soi et pour ses héritiers; voilà l'idée par laquelle l'article 1122 se rattache à l'article 1119.

Cette idée, en soi, est de toute évidence! mais il est permis de dire qu'elle n'est peut-être pas ici à sa place, et que l'on n'aperçoit pas bien comment le législateur a pu la présenter comme une modification de la double règle posée par l'article 1119.

Ce que ce dernier article défend seulement, en effet, c'est qu'une personne puisse appliquer, directement et immédiatement, à un tiers la créance ou la dette résultant d'une stipulation ou d'une promesse, qu'elle fait, en son propre nom, sans que cette créance ou cette dette prenne d'abord naissance dans sa personne;

Tandis que l'article 1122 suppose une stipulation ou une promesse faite par une personne, en son propre nom, et qui a pris naissance sur sa tête; et ce qu'il décide, c'est que cette créance ou cette dette, qui est née, directement

et immédiatement, en sa personne, sera transmissible, après elle, et de son chef, à ses héritiers !

C'est-à-dire que c'est là un ordre d'idées tout différent, et qu'il s'agit, dans l'article 1122, non pas, comme dans l'article 1119, des conditions de validité des contrats, mais bien de la transmissibilité des droits actifs et passifs qui résultent des contrats valables !

Quoi qu'il en soit de cette méthode, qui était d'ailleurs celle de Pothier (n[os] 61-67), auquel nos rédacteurs l'ont empruntée, le principe lui-même est élémentaire !

Hæres sustinet personam defuncti ! l'héritier du stipulant ou du promettant, c'est encore le stipulant ou le promettant lui-même ! (art. 724, 1220 ; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 132 *bis*).

Aussi, n'est-il pas besoin que le contractant exprime qu'il stipule et qu'il promet pour lui et pour ses héritiers; il est toujours *censé* le faire ! (art. 1122).

262. — Nous avons, sur cette thèse, à examiner les trois points suivants, dans lesquels elle se résume :

1° Peut-on stipuler ou promettre pour soi, sans stipuler ou promettre pour ses héritiers ?

2° Peut-on stipuler ou promettre pour ses héritiers, sans stipuler ou promettre pour soi ?

3° Peut-on stipuler ou promettre pour l'un ou quelques-uns de ses héritiers, sans stipuler ou promettre pour les autres ?

263. — 1° Sur le premier point, la réponse n'est pas douteuse, puisque l'article 1122 déclare lui-même que l'on est censé stipuler (ou promettre) pour soi et pour ses héritiers, *à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ; et aucun principe évidemment ne s'oppose à ce que l'effet actif ou passif d'un contrat soit restreint à la personne des parties elles-mêmes.

C'est ce que disait Ulpien fort élégamment :

« *Pactorum quædam in rem sunt, quædam in personam;*

in rem sunt, quoties generaliter paciscor ne petam; in personam, quoties ne a persona petam, id est, ne a Lucio Titi petam... » (L. 7, § 8, ff. *de Pactis*).

Toullier appelle les premiers contrats *réels*, et les seconds, contrats *personnels* (t. III, n° 308); mais cette appellation, qui ne traduit pas tout à fait exactement le texte romain, pourrait d'ailleurs produire de graves confusions, en détournant ces mots : *réels* et *personnels*, de l'acception scientifique qui leur appartient dans d'autres matières (comp. Duvergier, *h.*, *l.*, note *a*).

M. Larombière présente, d'après la glose (sur la loi 7 précitée), une autre terminologie; il appelle *communs* les contrats par lesquels nous stipulons ou promettons pour nous et pour nos héritiers; et *propres*, les contrats par lesquels nous ne stipulons ou promettons que pour nous seuls (t. I, art. 1122, n° 6).

Mais il nous semble que ces dénominations ont quelque chose d'étrange, et que ces mots : *communs* et *propres*, se trouvent ainsi détournés de leur signification véritable; la confusion, qui pourrait en résulter, serait aussi certainement très-grave, puisque le savant auteur en vient à employer le mot de *propriété*, pour désigner le caractère d'un contrat, dont l'effet n'est pas restreint à la personne des contractants! (*loc. supra cit.*, n°s 35 et 38).

Nous éviterons donc ces dénominations équivoques; et nous aimons mieux employer une périphrase pour désigner les contrats *in rem*, par lesquels la partie a stipulé ou promis *generaliter*, sans restreindre l'effet de sa convention; et les contrats *in personam*, par lesquels la partie a stipulé ou promis pour elle-même seulement (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — de la Propriété, etc.*, t. I, n° 469).

264. — Quoi qu'il en soit, les parties ont, à cet égard, toute liberté;

Et les contrats peuvent être, suivant leurs convenances :

Soit *in rem* des deux côtes, c'est-à-dire transmissibles tout à la fois aux héritiers du stipulant et aux héritiers du promettant; c'est l'hypothèse ordinaire;

Soit, au contraire, des deux côtés, *in personam*, c'est-à-dire non transmissibles tout à la fois aux héritiers du stipulant et aux héritiers du promettant ;

Soit enfin *in rem* d'un côté et *in personam* de l'autre, c'est-à-dire transmissibles seulement aux héritiers du stipulant, sans être transmissibles aux héritiers du promettant, ou *vice versa :... ex altera parte in rem, ex altera in personam* (L. 57, § 1, ff. *de Pactis*).

265. — Comme la transmissibilité héréditaire des droits ou des obligations résultant des contrats est la règle générale, il faut que l'intention des parties de les rendre intransmissibles soit clairement exprimée; ce n'est pas, sans doute, qu'il y ait, pour cela, aucun terme sacramentel ; ce que nous voulons dire seulement, c'est que, en cas de doute, il faut se décider pour la règle plutôt que pour l'exception.

C'est ainsi que la désignation individuelle des personnes, par lesquelles ou au profit desquelles l'obligation est contractée, ne suffit pas, généralement, pour que l'effet du contrat soit limité à ces personnes :

Je soussigné, moi Paul, déclare m'obliger, etc.

Il ne résulte pas de cette seule formule que les héritiers de Paul ne succèderont pas à cette obligation ; il faut bien, en effet, désigner les parties entre lesquelles le contrat se forme !

Aussi Ulpien disait-il, avec grande raison :

«... *Plerumque persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est.* » (L. 7, § 8, ff. *de Pactis*)

266. — Il peut arriver aussi que le caractère d'intransmissibilité héréditaire résulte, indépendamment de toute clause spéciale, *de la nature de la convention.*

Il y en a de nombreux exemples !

Comment, par exemple, l'effet d'un contrat pourrait-il être transmissible aux héritiers, lorsque la chose qui fait l'objet de ce contrat, est, par sa nature même, héréditairement intransmissible !

C'est ainsi que les contrats qui ont pour objet un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou une rente viagère, sont nécessairement *in personam* (art. 617, 631, 634, 1974, 1975).

Il faut appliquer la même solution à tous les cas où il résulte de la nature *de la chose*, ou *du fait*, ou *de l'abstention*, qui est l'objet du contrat, ainsi que des termes de l'acte et des circonstances, que les parties ont eu la volonté d'en restreindre l'effet à leur personne, ou à la personne de l'une d'elles.

267. — Le législateur a lui-même, pour un certain nombre de contrats, tranché cette question d'interprétation (comp. art. 1441, 1514, 1865, 2003, etc.)

Nous voulons particulièrement citer l'article 1795, l'un des plus importants, qui porte que :

« Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la « mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur. »

C'était là, dans notre ancien droit, un sujet de controverse; et généralement on distinguait :

L'ouvrage exigeait-il une industrie spéciale, une aptitude particulière? on déclarait le louage dissous par la mort du locateur;

Mais on le déclarait, au contraire, transmissible aux héritiers, s'il avait pour objet un de ces travaux ou services vulgaires, qui peuvent être indifféremment fournis par toute personne (comp. Pothier, *du Louage*, nos 453 et suiv.)

Les termes généraux de l'article 1795 repoussent, comme on voit, cette distinction; notre Code consacre cette observation si juste d'Ulpien :

« *Inter artifices longa differentia est ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis.* » (L. 31, ff. *De solut. et liberat.*)

Il en résulte que le contrat de louage d'ouvrage ou d'industrie est, dans tous les cas, présumé fait *in personam;* et cela, non-seulement du côté du locateur, mais encore du côté du locataire, et que les héritiers de celui-ci ne sont pas plus obligés que les héritiers de l'autre; cette réciprocité ayant paru équitable et juridique (comp. Toullier, t. III, n° 408; Duvergier, *du Louage*, t. II, n°s 374 et suiv.; Troplong, *du Louage,* n° 1034; Larombière, t. I, art. 1122, n°s 13, 14).

268. — Faut-il appliquer la même règle à tous les contrats, qui produisent une obligation de faire?

Justinien, tranchant une controverse célèbre, qui avait divisé les jurisconsultes romains, décida que les obligations de faire seraient transmissibles, activement et passivement, aux héritiers du stipulant et aux héritiers du promettant :

« *Omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta in dando et faciendo consistat, et ad hæredem et contra hæredes transmitti, sive specialis hæredum sit mentio, sive non.* » (L. 13, Cod., *de contrah. et committ. stipul.*)

Aucun texte, dans notre droit, ne prononce, sur ce point, de solution législative.

Toullier en a conclu que : « la disposition de l'article 1795 doit être étendue, par similitude, à beaucoup de conventions autres que le louage d'ouvrage. » (T. III, n° 408.)

Mais son savant annotateur, M. Duvergier, répond que « cela n'est pas sans difficulté, et que l'article 1795 lui paraît être une exception au principe général sur la transmission des obligations. » (*h. l.* note *a.*)

Nous croyons, pour notre part, que, dans le silence du Code, c'est là une question d'interprétation, à décider par les magistrats, d'après l'intention vraisemblable des parties, eu égard surtout au caractère du fait, qui est l'objet du contrat.

S'agit-il d'un fait, qui suppose une certaine aptitude, et pour lequel le stipulant puisse être présumé avoir pris en considération la personne du promettant, d'un ouvrage d'art, par exemple, d'un tableau à peindre, d'une maison à construire? l'obligation sera *in personam* et intransmissible.

S'agit-il d'un fait qui ne suppose rien de pareil, d'un travail vulgaire et purement manuel, d'un fossé à creuser, par exemple, de bois ou autres matières à transporter? l'obligation sera *in rem* et transmissible.

C'est la même distinction que l'on admettait autrefois dans le louage d'ouvrage, et qui nous paraît encore admissible aujourd'hui, dans les obligations de faire; l'article 1237 qui l'applique pendant la vie du débiteur, en autorise ainsi virtuellement l'application après sa mort.

Il faudrait aussi considérer la nature du contrat *innommé,* qui aurait pour objet une obligation de faire, et s'il offre, comme il arrive souvent, les caractères plus ou moins mélangés de quelque contrat *nommé*, que le législateur lui-même aurait déclaré intransmissible, du louage d'industrie, par exemple, de la société ou du mandat (arg. de l'article 1879).

269. — 2° Nous avons demandé, en second lieu, si on peut stipuler ou promettre pour ses héritiers, sans stipuler ou promettre pour soi (*supra*, n° 262).

L'affirmative est évidente! pourquoi, en effet, ne le pourrait-on pas?

Il est vrai que l'ancienne jurisprudence romaine déclarait nulles ces sortes de stipulations :

« *Ab hæredibus enim incipere actiones vel contra hæredes, veteres non concedebant,* » dit Justinien (L. 11, Cod. *ut act. ab hæred.*)

Mais précisément, l'empereur ne rappelle cette jurisprudence que pour l'abroger.

« *Ut liceat ab hæredibus et contra hæredes incipere ac-*

« *tiones; ne, propter nimiam subtilitatem verborum, lati-*
« *tudo voluntatis contrahentium impediatur...* »

C'est que, en effet, aucun motif ne justifiait cette atteinte à la liberté des conventions ; il n'est pas même d'ailleurs exact de dire que le droit ou l'obligation résultant du contrat, commence, dans ce cas, *pour* les héritiers ou *contre* les héritiers ; ils ont commencé *pour* ou *contre* la partie contractante elle-même, en ce sens que le germe du droit ou de l'obligation est né immédiatement en sa personne ; car, à bien regarder ces clauses, par lesquelles il est convenu que *l'action* ne s'ouvrira que *pour* les héritiers ou *contre* les héritiers, on verra qu'elles ne constituent qu'un terme ou une condition *sui generis;* or, les parties peuvent apposer à leur contrat, le terme ou la condition qu'elles jugent convenable (comp. Lyon, 2 juin 1863, Chapuis, Dev., 1863, II, 202; Duranton, t. X, n° 255; Marcadé, art. 1122, n° 1).

270. — 3° Voici enfin notre dernier point :

Peut-on stipuler ou promettre pour l'un ou quelques-uns de ses héritiers, sans stipuler ou promettre pour les autres? (*supra,* n° 262).

Cette question est controversée et délicate ; quoiqu'elle appartienne plus spécialement à la matière des obligations divisibles ou indivisibles, nous croyons devoir l'exposer ici, du moins en ce qui concerne les obligations divisibles, pour compléter cette partie de notre sujet.

Suivant nous, elle doit être résolue négativement ; et on ne peut, à notre avis, ni stipuler, ni promettre pour l'un ou quelques-uns seulement de ses héritiers, à l'exclusion des autres.

D'une part, en effet, stipuler ou promettre pour l'un ou quelques-uns seulement de ses héritiers, c'est stipuler ou promettre pour chacun d'eux, au delà de sa vocation héréditaire ; or, au delà de sa vocation héréditaire, l'héritier n'est plus qu'un tiers étranger ! D'autre part, c'est la loi elle-même qui répartit, entre les héritiers, les

créances et les dettes de la succession, en proportion de la part héréditaire de chacun d'eux ; et le *de cujus* ne peut modifier cette répartition, en avantageant les uns au détriment des autres, qu'au moyen d'une disposition revêtue des formes de la donation entre-vifs ou du testament (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 2).

D'où il suit que toute modification de ce genre, par un simple contrat, est impossible !

Prenons, d'abord, le cas de la stipulation : j'ai deux enfants, un fils et une fille ; et dans la vente que je vous fais de ma maison moyennant 20 000 francs, je stipule que vous m'en servirez les intérêts pendant ma vie, et que, à ma mort, vous payerez la totalité des 20 000 francs à mon fils, à l'exclusion de ma fille. Eh bien ! cette stipulation sera inutile; et ma fille n'en aura pas moins droit à la moitié de la créance, soit 10 000 francs (art. 724, 1220).

C'est bien là aussi ce que reconnaissait, en droit romain, le jurisconsulte Venuleius :

« *Sciendum est quod* DARI *stipulamur, non posse per nos uni ex hæredibus adquiri ; sed necesse est omnibus adquiri.* » (L. 137, § 8, ff. *De verb. obligat.*)

Mais nous devons dire qu'un autre jurisconsulte, Celsus, admettait, au contraire, que si l'on ne pouvait stipuler pour l'un de ses héritiers seulement, à l'effet de lui attribuer le total de la créance, on pouvait stipuler pour l'un d'eux, à l'effet que le débiteur ne fût tenu de la dette que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, et qu'il en fût déchargé, quant à la part héréditaire des autres :

« *Non obstat uni tantum ex hæredibus provideri, si hæres factus sit; cæteris autem non consuli.* » (L. 33, ff. *de Pactis.*)

D'où il résulte que, dans notre exemple, j'aurais pu stipuler que mon fils seul pourra exiger du débiteur la moitié de la créance (10 000 francs), et que ma fille ne

pourra pas exiger l'autre moitié, dont j'étais censé faire ainsi remise au débiteur.

Pothier, dans notre ancien droit, admettait cette distinction (n°s 64, 65).

Et nous la retrouvons encore enseignée, dans notre droit nouveau, par plusieurs jurisconsultes (comp. Duranton, t. X, n° 261; Larombière, t. I, art. 1122, n° 41).

Il en est d'autres pourtant, qui l'ont combattue.

Doneau, trouvant que la loi 137 *de verborum obligationibus*, n'est qu'une affirmation sans preuve, s'écriait : *non satis est Venuleio dicere !*

Toullier s'est rangé à ce parti, sous l'empire de notre Code; et d'après le savant auteur, la stipulation faite au profit de l'un des héritiers, peut avoir pour effet, non-seulement de libérer le débiteur jusqu'à concurrence de la part des autres héritiers dans la créance, mais encore de faire acquérir le total de la créance à celui des héritiers, au profit duquel la stipulation a été faite :

1° Parce que, dit-il, la stipulation faite pour l'un des héritiers, est alors la condition de la stipulation que le stipulant a faite pour lui-même (Arg. de l'article 1121);

2° Parce que notre Code admet que le *de cujus* peut faire des avantages indirects à l'un de ses héritiers, sans observer les formes solennelles de la donation entre-vifs ou du testament, et que cette stipulation doit être considérée comme constituant, en effet, un avantage indirect, que le *de cujus* a suffisamment annoncé l'intention de vouloir faire, par préciput, à l'un de ses héritiers. (T. III, n°s 414-417.)

Nous croyons, en effet, avec Toullier, que l'ancienne distinction ne saurait être admise, et que la même doctrine doit être appliquée à ces deux sortes de stipulations.

Comment ! on convient que si, ayant deux enfants, un garçon et une fille, je stipule de Paul qui me doit

20 000 fr., qu'il payera, après ma mort, ces 20 000 fr. à mon fils, à l'exclusion de ma fille, la stipulation ne sera pas valable;

Et on veut qu'elle soit valable, si je stipule que Paul payera seulement 10 000 fr. à mon fils, sans rien payer à ma fille!

Mais la contradiction nous paraît manifeste.

Que résulte-t-il, en effet, de cette seconde stipulation? c'est que ma créance de 20 000 fr. était, pour moitié, viagère, *in personam*, et transmissible *in rem*, pour l'autre moitié seulement; c'est-à-dire que le total de la créance héréditaire est seulement de 10 000 fr.; or, on convient que je n'ai pas pu stipuler que mon fils aurait seul, après moi, le total de la créance; donc, je n'ai pas pu stipuler qu'il aurait seul les 10 000 fr., pas plus que je n'ai pu stipuler qu'il aurait seul les 20 000!

La solution doit donc être la même dans les deux cas; et, suivant notre avis, contrairement à l'avis de Toullier, c'est, dans les deux cas, la nullité de la stipulation qu'il faut prononcer, en tant qu'elle aurait pour effet de modifier la transmission héréditaire ab intestat.

Il nous paraît facile de répondre aux deux arguments de l'illustre auteur:

1° Il n'y a pas, alors, en effet, deux stipulations, dans les termes de l'article 1121 : l'une principale et l'autre accessoire; il n'y a qu'une stipulation unique; et la prétendue stipulation pour l'un des héritiers, dont on veut faire un tiers, c'est purement et simplement la stipulation, que le *de cujus* a faite pour lui-même!

2° S'il est vrai que des libéralités peuvent être faites sous la forme d'une convention à titre onéreux, du moins faut-il que la convention qui les renferme soit elle-même valable dans la forme qui lui est propre (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 104); or, nous venons d'établir que cette forme de la stipulation serait nulle.

271. — Ce que nous avons dit de la stipulation, il faut le dire également de la promesse par laquelle j'aurais mis le total de la dette à la charge de l'un ou de quelques-uns de mes héritiers seulement.

Ayant un fils et une fille, je fais, avec Paul, cette convention qu'il ne pourra demander, après ma mort, qu'à ma fille les 20 000 fr. que je lui dois.

Eh bien! ma dette ne s'en divisera pas moins, héréditairement, par moitié, entre mon fils et ma fille.

Et il en serait de même dans le cas où le créancier aurait consenti à ne demander, après ma mort, qu'une somme de 10 000 fr. à ma fille sans rien demander à mon fils; ce qui résulterait, en effet, d'une telle clause, c'est que ma dette aurait été viagère, *in personam*, pour 10 000 fr., et transmissible, *in rem*, pour 10 000 fr. seulement; c'est-à-dire que la somme de 10 000 fr. formerait, dans ce cas, le total de la dette et devrait encore nécessairement se diviser entre mes deux héritiers.

Objectera-t-on qu'il résulte de l'article 1121 4° que l'un des héritiers peut être chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation?

Il est vrai; mais le même article ajoute que l'héritier, seul chargé de la dette, s'il est poursuivi pour le tout, aura son recours contre ses cohéritiers; ce qui prouve qu'il peut être chargé seulement d'en faire l'avance, et non pas d'en supporter définitivement tout le poids. On conçoit, en effet, que le législateur ait autorisé cette clause qui peut rendre des services dans la pratique, et dont les conséquences n'ont pas la même gravité que la clause qui porterait atteinte au principe même de la division des dettes entre les héritiers.

Aussi, pensons-nous que l'on pourrait de même stipuler activement que l'un des héritiers aura le droit d'exiger seul le total de la créance contre le débiteur, mais sous la même condition, c'est-à-dire à la charge de tenir compte, à chacun de ses cohéritiers, de sa part hérédi-

taire. (Comp. Marcadé, art. 1122, n° 1 ; Colmet de Santerre, t. VII, 34 *bis*, IV.)

272. — Dans quels cas pourra-t-on dire qu'une personne a stipulé ou promis, pour l'un ou quelques-uns de ses héritiers seulement, à l'exclusion des autres?

Cette question n'offre pas d'intérêt dans la doctrine que nous proposons, et qui déclare nulles ces sortes de stipulations ou de promesses; mais elle peut avoir une grande importance dans la doctrine contraire, qui les déclare valables.

Il ne serait pas, d'ailleurs, impossible qu'elle fût intéressante à résoudre, même d'après notre doctrine; comme s'il s'agissait de savoir, non pas si le stipulant ou le promettant a voulu modifier la division légale héréditaire, mais s'il a voulu stipuler ou promettre, *in personam*, en rendant la créance ou la dette absolument intransmissible pour le cas où il ne laisserait pas tel individu déterminé pour héritier.

N'ayant qu'un fils, par exemple, j'ai stipulé que les 20 000 fr. qui me sont dus par Pierre, s'ils ne m'ont pas été payés, à moi, de mon vivant, seront payés, après ma mort, à mon fils; et mon fils, étant mort avant moi ou renonçant à ma succession, je laisse pour héritier mon frère. Mon frère peut-il réclamer les 20 000 fr.?

Oui, si la stipulation est *in rem*;

Non, si elle est *in personam*, c'est-à-dire si je n'ai entendu stipuler que pour mon fils lui-même, et lui seul, au cas où il serait mon héritier.

Eh bien! donc, la stipulation est-elle *in rem* ou *in personam?*

Il est évident que ce ne sont plus là que des questions d'interprétation, qu'il appartient aux magistrats de décider, en fait, d'après les termes des actes et les circonstances particulières de chaque espèce.

Ce que nous pouvons dire seulement, en thèse générale, c'est que la circonstance que le stipulant ou le pro-

mettant aurait désigné, dans la convention, son futur héritier ou ses futurs héritiers, ne serait pas une preuve suffisante qu'il a entendu restreindre à ce seul héritier ou à ces seuls héritiers, l'effet de la stipulation ou de la promesse.

En vous vendant ma maison, je stipule que vous en payerez le prix, après ma mort, à mon fils; on ne saurait certainement voir, dans ces seuls mots, un pacte *in rem;* et s'il arrive que, par prédécès, renonciation ou indignité, mon fils ne me succède pas, mon héritier, quel qu'il soit, frère ou cousin, aura droit au prix.

Il en serait de même, si, au lieu de dire que le prix serait payé à mon fils, j'avais désigné son nom, en disant que le prix serait payé à *Paul;* cette désignation devrait encore s'entendre en ce sens qu'elle ne s'appliquait à Paul qu'en la qualité qu'il avait alors de mon présomptif héritier (comp. *supra*, n° 265; Pothier, n° 63; Larombière, t. I, art. 1122, n° 41).

273. — Les principes, que nous venons d'appliquer aux héritiers légitimes, sont également applicables aux successeurs irréguliers.

Et nous tenons, en effet, que, sous ce rapport, aucune distinction n'est à faire entre les différents successeurs qui sont appelés par la loi à recueillir les biens d'une personne décédée, et que l'on nomme, dans un sens large, les *legitimi,* id est, *a lege vocati* (comp. notre *Traité des Successions,* t. I, n° 80 et t. V, n° 40).

274. — *b.* Nous venons d'exposer, en ce qui concerne *les héritiers,* les règles qui gouvernent la transmissibilité des droits et des obligations, résultant des contrats.

Il nous reste à exposer ces règles, en ce qui concerne les *ayants cause* (*supra*, n° 260).

Les *ayants cause* d'une personne, (*qui habent causam ab alio*), sont de deux sortes :

Les uns, universels ou à titre universel;

Les autres, à titre particulier.

Les premiers sont ceux qui recueillent les droits de leur *auteur,* sur l'universalité de ses biens ou sur une quote-part de cette universalité ;

Les seconds sont ceux qui recueillent ses droits sur tel ou tel bien déterminé, considéré à titre singulier ; c'est ainsi que l'acheteur est l'ayant cause du vendeur, relativement à la chose vendue ; le donataire ou le légataire, l'ayant cause du donateur ou du testateur, relativement à la chose donnée ou léguée, etc. (comp. notre *Traité des Successions,* t. I, n°s 8-10).

Il faut ajouter que cette dernière acception du mot : *ayants cause,* est la plus usitée; et que c'est précisément pour distinguer les acquéreurs à *titre singulier,* d'avec les acquéreurs à *titre universel,* que la loi appelle les premiers *ayants cause*, par opposition aux seconds, qu'elle appelle *héritiers, successeurs* ou *représentants* (art. 1122; comp. art. 137, 1322).

275. — Écartons de suite les ayants cause universels ou à titre universel, tels que les légataires et les donataires de biens à venir par contrat de mariage.

Il n'est pas douteux que l'article 1122 leur est applicable, de la même manière qu'il est applicable aux héritiers, relativement aux stipulations et aux promesses du défunt; car ils succèdent, comme les héritiers, à l'ensemble de ses droits actifs et passifs ; et suivant nous, ils y succèdent de la même manière, et *ultra vires* (comp. notre *Traité* précité, t. I, n° 80 ; et t. V, n° 39).

Si nous avons cru devoir les distinguer ici d'avec les héritiers, c'est qu'il est un point sur lequel il n'est pas possible d'assimiler, en cette matière, ces deux classes de successeurs.

Nous venons de dire, en ce qui concerne les héritiers, que leur auteur ne peut pas modifier, par ses stipulations ou par ses promesses, la division héréditaire, que la loi elle-même a faite, entre eux, des créances ou des dettes de la succession (*supra*, n° 270).

Or, évidemment, cette restriction ne saurait exister, en ce qui concerne les *ayants cause*, dont nous nous occupons; car ceux-ci ne tiennent leurs droits que de la volonté du défunt, qui est libre, bien entendu, de les leur transmettre suivant les proportions, qu'il lui convient d'établir entre eux (comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. IV, n° 546).

276. — Mais, au contraire, les principes, qui gouvernent la transmissibilité des droits et des obligations résultant des contrats, dans leur application aux ayants cause à titre particulier, sont tout à fait différents des principes qui en gouvernent la transmissibilité aux héritiers.

C'est même là un sujet délicat; et il est nécessaire de l'exposer successivement :

a. D'abord en ce qui concerne les stipulations;

b. Ensuite, en ce qui concerne les promesses.

277. — *a.* Nous demandons, en premier lieu, si le droit résultant d'une stipulation faite par l'*auteur*, le vendeur, par exemple, ou le co-permutant, ou le donateur, est transmis à son ayant cause, acheteur, co-permutant, donataire ou légataire?

A s'en tenir au texte littéral de l'article 1122, on pourrait répondre affirmativement.

Que porte, en effet, ce texte ?

« On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héri-« tiers ou ayants cause. »

Ces termes sont généraux; et ils ne distinguent pas entre les différentes espèces d'ayants cause ni entre les différentes espèces de stipulations.

Cet aperçu, toutefois, ne serait pas exact; et il est évident, au contraire, malgré la généralité de notre article, que des distinctions doivent être faites.

Et d'abord, est-ce qu'il est possible qu'une stipulation, qui n'aurait pas trait à l'objet, que l'ayant cause particulier a reçu de son auteur, produise quelque effet, en ce qui le concerne ?

Évidemment non ! et c'est la force même des choses, qui s'y oppose.

Cette stipulation a pu augmenter sans doute l'universalité du patrimoine, *universi patrimonii;* mais elle n'a pas augmenté chacune des choses déterminées qui le composent, *certarum rerum.*

Et, dès lors, qu'importe à l'ayant cause particulier, qui ne succède ni à l'universalité ni à une partie numérique de cette universalité, mais seulement à une chose déterminée !

Donc, il ne saurait profiter de ces sortes de stipulations.

278. — Les stipulations, à l'égard desquelles on peut demander si elles sont transmises à l'ayant cause particulier, sont donc celles-là seulement qui ont rapport à l'objet, auquel cet ayant cause a succédé.

Or, ces stipulations peuvent être elles-mêmes de trois sortes, à savoir :

1° Celles qui ont créé un droit réel au profit de la chose transmise;

2° Celles qui, sans créer un droit réel, ont néanmoins ce caractère qu'elles ont été faites dans l'intérêt direct de cette chose, et qu'elles en sont des accessoires inséparables et, pour ainsi dire, des attributs;

3° Celles enfin, qui n'ont créé qu'un droit purement personnel, d'où ne paraît pas résulter ce caractère de qualité accessoire inhérente à la chose.

279. — 1° Que les stipulations, qui ont créé activement un droit réel pour la chose transmise, profitent à l'ayant cause, cela est d'évidence !

Si, par exemple, j'ai acquis de Paul, mon voisin, pour ma maison, un droit de passage ou de vue sur son jardin, et que je vende ou que je donne ensuite cette maison à Pierre, il est clair qu'elle lui sera transmise, *cum suâ causâ*, avec le droit de servitude, qui en est l'une des qualités.... *qualiter se habens* (comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 670).

Ce n'est même point là, à vrai dire, une application de l'article 1122, ni un effet de la transmissibilité des stipulations; c'est une application de l'article 544 et un effet de la transmissibilité du droit réel de propriété et de ses démembrements (comp. art. 1018, 1614, 1615, 2177, etc.).

280. — 2° La même observation pourrait, sous certains rapports, être appliquée à celles des stipulations, qui sans créer un droit réel, ont produit, dans l'intérêt direct de la chose transmise, corporelle ou incorporelle, des droits, dont on peut dire qu'ils en sont devenus des accessoires et, en quelque sorte, de qualités.

Si, par exemple, j'ai stipulé, pour la garantie d'une créance que j'ai contre Paul, une hypothèque ou un cautionnement, et que je cède ensuite ma créance à Pierre, il est clair que Pierre aura droit à l'hypothèque ou au cautionnement, tout aussi bien qu'au privilége dont ma créance pourrait être revêtue (comp. art. 1692, 2112).

Est-ce un prix de vente, que j'ai cédé?

Le cessionnaire aura droit à l'action résolutoire contre le vendeur pour défaut de payement du prix.

Et c'est par suite du même principe qu'un sous-acquéreur pourrait exercer l'action en garantie, pour cause d'éviction, contre le vendeur originaire, sans même qu'il y eût lieu de distinguer s'il pourrait ou s'il ne pourrait pas exercer lui-même l'action en garantie contre son auteur immédiat, comme nous nous réservons de l'établir plus tard.

Ce sont là, il est vrai, des stipulations qui n'ont engendré que des droits personnels.

Oui! mais des droits personnels d'une telle nature, qu'ils sont inhérents à la chose elle-même, qu'ils en forment des dépendances et qu'ils doivent naturellement l'accompagner dans toutes les transmissions, pour appartenir à tout successeur, quel qu'il soit, universel ou particulier (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 62, 63).

281. — 3° Reste la troisième espèce de stipulations, celles qui ne paraissent offrir ni l'un ni l'autre des caractères que nous venons de signaler dans les deux autres, et qui n'ont produit qu'un droit purement personnel (*supra*, n° 278).

Je suis propriétaire d'un terrain ; et je fais avec Paul, entrepreneur, un contrat par lequel il s'oblige, envers moi, moyennant un prix déterminé, à y élever des constructions ou à y faire des travaux quelconques de réparation, d'amélioration ou d'embellissement.

Et puis, avant l'exécution des travaux, je vends ou je donne ce terrain à Pierre.

Pierre peut-il soutenir, contre Paul, qu'il a succédé au droit personnel, résultant du contrat que j'ai fait avec lui, et réclamer, en conséquence, l'exécution des travaux ?

Il n'y aurait pas de question, bien entendu, et l'affirmative serait évidente, dans le cas où les parties se seraient expliquées, à cet égard, expressément ou tacitement ; comme si les relations résultant du contrat que j'ai fait avec Paul, avaient été l'objet d'une cession expresse ou tacite, de ma part, dans la vente ou la donation, par laquelle j'ai transmis ma maison à Pierre.

C'est ainsi, par exemple, qu'il ne faudrait pas mettre en doute que l'auteur de la transmission aurait voulu substituer son ayant cause aux droits résultant de la convention passée par lui avec un tiers, s'il lui avait imposé l'obligation de l'exécuter (comp. *infra*, n° 282).

282. — Il faut donc supposer que le droit personnel, résultant du contrat passé par l'auteur de la transmission avec un tiers, n'a été l'objet d'aucune clause, ni expresse ni tacite, dans le contrat passé par lui avec son ayant cause.

C'est alors vraiment que notre question s'élève ; et il faut convenir qu'elle est, en effet, délicate.

Pour soutenir que le droit personnel, qui appartenait

à l'auteur de la transmission, est transmis, même dans ce cas, à son ayant cause, on peut raisonner ainsi :

D'une part, l'article 1122, dispose, dans les termes les plus généraux, que l'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses ayants cause; sans doute, il faut, pour qu'elle profite à l'ayant cause, que la stipulation soit relative à la chose qui lui a été transmise; mais dès là qu'elle y est relative, l'ayant cause doit en profiter; car l'article 1122 ne fait aucune distinction entre les différents droits, réels ou personnels, que la stipulation a pu produire; et même cet article n'a vraiment de portée qu'autant qu'il est appliqué aux droits personnels (comp. *supra*, n° 279);

D'autre part, cette solution est, en effet, la seule raisonnable; les relations personnelles qui résultent du contrat, que l'aliénateur a passé avec un tiers, ne peuvent plus désormais lui profiter, puisqu'il n'a plus la chose à laquelle elles se rapportent; et la raison même exige qu'elles soient transmises à son ayant cause, qui seul en peut profiter désormais.

Cette doctrine, qui était celle de Despeisses, dans notre ancien droit, est encore enseignée, dans notre droit nouveau, par plusieurs jurisconsultes (comp. Delvincourt, t. II, p. 199; Toullier, t. III, n° 424).

Mais d'autres jurisconsultes enseignent une doctrine contraire, et que ces sortes de stipulations ne sont pas transmises à l'ayant cause (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 63).

Nous croyons, pour notre part, qu'il faut faire une distinction :

S'agit-il d'un droit personnel, qui n'est corrélatif à aucune obligation? l'ayant cause y succédera; comme si, par exemple, cet entrepreneur, duquel l'auteur de la transmission a stipulé qu'il ferait des travaux de construction, a consenti cette obligation pour se libérer d'une dette antérieure; de sorte que l'ayant cause puisse

réclamer l'exécution de cette stipulation, sans que l'autre partie puisse réclamer l'exécution d'aucune promesse. Nous convenons que ce cas ne sera pas fréquent; mais il n'est pas impossible; et s'il se présentait, notre avis est que l'ayant cause devrait, en général, succéder à ce droit, tout avantageux pour lui, et que son auteur n'aurait pas d'intérêt à conserver (arg. de l'article 1615).

Mais si, au contraire, comme il arrivera le plus ordinairement, le droit personnel que l'auteur de la transmission a contre un tiers, est corrélatif à une obligation, dont le tiers pouvait, de son côté, réclamer l'exécution contre lui, l'ayant cause, suivant nous, n'y succédera pas.

Nous allons reconnaître, en effet, que les promesses, c'est-à-dire les obligations personnelles contractées par l'auteur de la transmission, ne sont pas transmises à l'ayant cause particulier (*infra*, n° 283);

Or, il serait impossible que la transmission eût lieu pour la stipulation seulement, et point pour la promesse, lorsque la stipulation et la promesse sont réunies par le lien d'une dépendance synallagmatique et réciproquement conditionnelle;

D'où il suit que l'ayant cause ne succédant pas au côté passif, ne saurait succéder au côté actif de cette unique convention, qui doit faire la loi commune des parties.

Et voilà comment l'ayant cause particulier ne succéderait ni aux droits, ni aux obligations résultant d'un contrat que son auteur aurait passé avec un entrepreneur, qui se serait chargé d'élever des constructions sur le terrain transmis ou d'y faire des réparations.

Pareillement, l'acquéreur d'un immeuble, qui aurait été loué par son auteur, ne pourrait pas contraindre le preneur à l'exécution du bail, dans le cas où le preneur ne pourrait pas, lui-même, de son côté, l'y contraindre (comp. L. 9, Code *Locati;* Pothier, *du Louage*, n° 288; et

des Louages maritimes, n° 55; Dufour, *Droit maritime*, t. II, nos 520, 521).

Mais si le preneur pouvait contraindre l'acquéreur à l'exécution du bail, est-ce que l'acquéreur ne pourrait pas aussi, de son côté, y contraindre le preneur?

La question est controversée; et nous nous réservons de l'examiner, en son lieu, dans le titre *du Louage*, auquel elle appartient (art. 1743; comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, *de la Propriété*, etc., t. I, n° 530).

Nous dirons toutefois, dès à présent, qu'elle devrait être, suivant nous, résolue affirmativement; telle nous paraît être la conséquence de la doctrine que nous présentons, et dont la base est précisément cette condition de réciprocité. Dès que la partie, qui a traité avec l'auteur de la transmission, est fondée à soutenir, contre l'ayant cause particulier, qu'il a succédé à l'obligation, qui résulte du contrat, nous répondons que l'ayant cause peut, de son côté, soutenir, contre cette partie, qu'il a succédé corrélativement au droit qui en résulte (comp. Pothier, *Du Louage*, nos 288, 289 et 296; Duranton, t. XVIII, n° 147; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 63-64; Colmet de Santerre, t. V, n° 34, III).

283 — *b*. Quant aux promesses consenties par son auteur, relativement à la chose transmise (*supra*, n° 276), nous venons de dire que l'ayant cause particulier n'y succède pas.

Cette règle, d'ailleurs, ne s'applique pas, bien entendu, aux promesses, qui ont affecté la chose d'un droit réel, comme, par exemple, d'un droit d'usufruit, d'usage ou de servitude foncière.

Ce sont là, désormais, des qualités, bonnes ou mauvaises, de la chose; et il est évident que l'ayant cause doit la recevoir *cum suâ causâ*, passivement aussi bien qu'activement. (*Supra*, n° 279; comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, nos 280 et 295; Colmet de Santerre, t. V, n° 34 *bis*, III.)

284. — Il faut même excepter de notre règle celles des promesses, qui, sans affecter directement la chose d'un droit réel, semblable à ceux dont nous venons de parler, ont néanmoins aussi un certain caractère de réalité... *in rem scriptæ,* en ce sens que la chose elle-même, en effet, répond de leur exécution, et que tout tiers détenteur est tenu de les remplir, s'il veut la conserver. (Comp. *supra*, n° 280.)

C'est ainsi que le sous-acquéreur d'un immeuble se trouve indirectement tenu de l'obligation, qui a été contractée, par son auteur, envers le vendeur originaire, de payer le prix; en ce sens que, si ce prix est dû, et que le sous-acquéreur ne le paye pas, le vendeur originaire peut demander, contre lui, en même temps que contre le premier acquéreur, la résolution de la vente.

285. — Mais s'agit-il, au contraire, d'une promesse qui n'a produit, à la charge de son auteur, qu'une obligation purement personnelle, il faut répondre que l'acquéreur n'y succède pas.

Je vous ai accordé le droit de vous promener dans mon parc, ou d'y cueillir des fruits, ou d'y chasser.

Comme cette convention n'a produit aucun droit réel, ni en faveur d'un fonds, ni en faveur de la personne, l'acquéreur particulier, à quelque titre que ce soit, ne sera pas tenu, envers vous, de la promesse qui en résulte. (Comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n°s 686, 687.)

L'article 1122 est, en effet, formel; il dit bien que l'on est censé avoir *stipulé* pour ses ayants cause; il ne dit pas que l'on est censé avoir *promis* pour eux.

Il est vrai que nous avons remarqué que le mot *stipuler* pouvait être entendu, dans cet article, comme synonyme du mot *contracter*.

Oui! en ce qui concerne les héritiers et les ayants cause universels ou à titre universel, à l'égard desquels,

d'ailleurs, d'autres textes règlent la transmissibilité des promesses ;

Mais non pas ! en ce qui concerne les ayants cause à titre particulier. (*Supra*, n° 259.)

Cette différence est nettement marquée par Pothier, dans son *Traité des Obligations*.

S'agit-il des héritiers ou successeurs universels ? il déclare transmissibles *les stipulations et les promesses*. (Nos 61 à 66.)

S'agit-il des ayants cause particuliers ? il ne déclare transmissibles que *les stipulations*. (N° 67.)

Telle est, en effet, la conséquence des principes les plus élémentaires du droit privé.

286. — Nous terminerons cette vaste matière par une dernière observation :

C'est que le mandat, soit légal, soit conventionnel, est en dehors des deux règles, que l'article 1119 a décrétées activement et passivement.

Cela est vrai dans tous les cas, quelle que puisse être la forme ou la combinaison sous laquelle le contrat de mandat se produise.

Trois formes ou trois combinaisons sont, à cet égard, possibles :

1° La première est celle de notre mandat ordinaire, du mandat français, par lequel le mandataire stipule ou promet *pour le mandant et en son nom* (art. 1984).

Or, l'article 1119 défend seulement de stipuler ou de promettre pour autrui, *en son propre nom*.

Et, quand le mandataire stipule ou promet *au nom du mandant*, c'est celui-ci, en effet, qui devient seul créancier ou seul débiteur envers les tiers.

287. — 2° La seconde forme du mandat, est celle par laquelle le mandataire stipule ou promet, *en son propre nom*, de manière à devenir seul, envers les tiers, créancier ou débiteur.

Les relations du mandat demeurent alors concentrées entre le mandant et le mandataire.

C'était la forme romaine (*supra*, n° 207), que notre Code de commerce a admise (comp. art. 91 du Code de commerce), mais qui, loin de demeurer renfermée dans le cercle des conventions commerciales, s'est étendue, dans notre pratique moderne, à toutes les conventions civiles, sous la dénomination, très-usitée aujourd'hui, de *prête-nom;* mandat *sui generis*, que la jurisprudence a reconnu, et dont nous aurons plus tard à définir les règles.

Mais quoi! est-ce que celui-ci ne viole pas la double règle de l'arlicle 1119, qui, précisément, défend de stipuler ou de promettre, *en son propre nom, pour autrui.*

Non, pas! car, si le prête-nom stipule ou promet *en son propre nom*, ce n'est pas *pour autrui;* c'est pour lui-même, en ce sens qu'il est, en effet, à l'égard des tiers, le seul maître de l'affaire, le seul créancier et le seul débiteur. (Comp. Cass., 8 juill. 1856, Devilliers, Dev., 1856, I, 878; Caen, 24 mars 1862, Mayer-Nathan, Dev., 1863, II, 44; Cass., 28 janv. 1864, Richaud, Dev., 1864, I, 105; *Observations* de M. G. Massé, *h. l.*; Troplong, *du Mandat,* n°s 43 et 520; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 459.)

288. — 3° Enfin, il y a une troisième forme de mandat, par laquelle le mandataire stipule ou promet, tout ensemble, et en son propre nom et au nom du mandant.

C'est ainsi que les préposés à la conduite d'un navire, à un commerce, à une manufacture ou à toute autre espèce d'entreprise, *cuilibet negotiationi*, dit Justinien, peuvent, en contractant pour les affaires auxquelles ils sont préposés, stipuler ou promettre accessoirement pour leurs commettants. (Comp. *Inst.*, § 2, *Quod cum eo;* Pothier, n° 82.)

Et la double règle de l'article 1119 ne fait encore, à

ceci, nul obstacle ; car, en tant que les préposés stipulent ou promettent *pour eux-mêmes,* ce n'est pas *au nom d'autrui,* mais bien *en leur propre nom;* et en tant qu'ils stipulent ou promettent POUR AUTRUI, ce n'est pas *en leur propre nom,* MAIS BIEN AU NOM DAUTRUI !

Tel est, en effet, le mandat que le commettant est censé leur avoir donné, mandat général en vertu duquel les préposés agissent, en même temps, *proprio nomine et nomine alieno.*

Aussi, cette forme de mandat ou de commission n'a-t elle rien de spécial aux affaires maritimes ou commerciales; et aucun principe ne s'oppose à ce qu'elle soit également admise dans les affaires civiles.

Le droit romain lui-même avait, dans les derniers temps, fini par accorder aux tiers, avec lesquels le mandataire contractait, en son propre nom, une action directe contre le mandant lui-même, *ad exemplum institoriæ actionis* (*Inst., loc. supra cit.*).

A combien plus forte raison devons-nous la lui accorder dans notre droit français, où le mandant se trouve, par la nature même du mandat, directement en rapport avec les tiers qui ont traité avec le mandataire ; la circonstance donc que le mandataire aurait stipulé ou promis, en son propre nom, pour le mandant, ne s'opposerait pas, en général, à cette conséquence naturelle du mandat ; et encore bien que le mandataire se trouvât ainsi personnellement en rapport direct avec les tiers, les rapports ne s'en formeraient pas moins entre les tiers et le mandant lui-même (comp. art. 1994); l'article 1375 en fournit surtout une preuve décisive ; car il en résulte que, de quelque manière que le gérant ait contracté avec les tiers, soit au nom du maître, soit en son propre nom, les tiers peuvent agir contre le maître ; comme le maître lui-même peut agir contre les tiers; or, un tel argument procède très-bien, par voie d'analogie, de la gestion d'affaires au mandat. (Comp. Demante, t. V, n°s 30 et 32 ; Colmet

de Santerre, *h. l.* n° 32 *bis;* voy. pourtant Duranton, t. X, n° 239.)

SECTION II.

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES.

SOMMAIRE.

289. — La capacité de contracter est la règle ; et l'incapacité, l'exception. Conséquence.
290. — Quelles personnes sont incapables?
291. — Des incapacités spéciales, ou plus exactement des prohibitions relatives à certains contrats.
292. — Des incapacités générales. — Énumération.
293. — Suite. — Division.
294. — *a.* — Quelles sont les causes de l'incapacité générale qui frappe les mineurs, les interdits et les femmes mariées?
295. — Suite.
296. — Suite.
297. — *b.* — Quelle est l'étendue de l'incapacité des mineurs, des interdits et des femmes mariées?
298. — *c.* — Quels sont les effets de ces trois incapacités?

289. — La seconde condition requise par l'article 1108, pour la validité d'une convention, c'est la capacité des parties contractantes.

L'article 1123 décrète le principe en ces termes :

« Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas « déclarée incapable par la loi »

La capacité donc est la règle ; et l'incapacité, l'exception.

D'où il suit que c'est à celui qui prétend qu'une personne est incapable de contracter, à en fournir la preuve.

Telle est, en effet, la règle générale de notre droit; nous l'avons déjà posée plusieurs fois, et notamment dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments* (comp. notre *Traité*, t. I, n° 322).

A plus forte raison, devait-elle être consacrée par le législateur, dans le titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles,* qui forment le ciment de la société civile,

et qui sont nécessaires aux besoins, pour ainsi dire, quotidiens de chacun de ses membres !

290. — Et maintenant, quelles sont les personnes, que le législateur déclare incapables ?

Les voici, d'après l'article 1124 :

« Les incapables de contracter sont :

« Les mineurs ;

« Les interdits ;

« Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi ;

« Et généralement tous ceux à qui la loi interdit cer-« tains contrats. »

Ainsi les incapacités de contracter sont de deux sortes : les unes, générales ; les autres, spéciales.

Les premières sont des *lois personnelles* qui affectent, en effet, l'état général de la personne ; à ce point que l'on peut dire qu'elles sont constitutives de son état ;

Il n'en est pas de même des secondes, qui, sans modifier la capacité générale de la personne, se bornent à lui défendre certains contrats ; ce sont là plutôt des prohibitions d'actes que des incapacités proprement dites.

291.— Les incapacités spéciales, ou plus exactement les prohibitions relatives à certains contrats, sont écrites çà et là, dans les différents titres de notre Code, auxquels elles se rattachent.

Nous en avons déjà exposé quelques-unes. C'est ainsi que nous avons vu, dans l'article 450, qu'il est défendu au tuteur d'acheter les biens du mineur (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 751) ; et nous exposerons les autres, à mesure que nous les rencontrerons (comp. art. 1596, 1597, 1840, 2045, 2124).

Il est clair, en effet, qu'on ne saurait entreprendre de rallier, dans une théorie générale, ces prohibitions diverses, dont les causes ne sont pas les mêmes, et qui diffèrent aussi nécessairement dans leur caractère et dans leurs effets.

Ajoutons que cette généralisation, qui exigerait des développements étendus, serait ici un hors-d'œuvre.

292. — Quant à l'incapacité générale, l'article 1124 y soumet trois classes de personnes, à savoir :

1° Les mineurs; ce qui comprend les mineurs en tutelle et les mineurs émancipés, dont notre Code s'occupe dans le même titre : *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation* (Livre I, t. X) ;

2° Les interdits ; ce qui comprend les individus pourvus d'un Conseil judiciaire, dont notre Code s'occupe aussi dans le même titre : *de la Majorité, de l'Interdiction et du Conseil judiciaire* (livre I, t. XI).

Il faut y ajouter aujourd'hui les individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés, dont la loi du 30 juin 1838 modifie, à certains égards, la capacité générale.

Et, pour que la nomenclature soit complète, nous y joindrons même les personnes morales ou civiles, telles que les communautés qui sont, en effet, placées dans une sorte de minorité et de tutelle (comp. notre *Traité de la Jouissance et de la Privation des droits civils*, n° 134; Pothier, n° 49);

3° Enfin, les femmes mariées.

293. — Quelles sont les causes de ces trois sortes d'incapacités?

Quelle est l'étendue de chacune d'elles ?

Et quels en sont les effets?

Nous allons rapidement répondre à ces trois questions; il ne s'agit pas d'approfondir ici cette matière; c'est ailleurs que notre Code en a posé les règles.

Nous les avons trouvées déjà, en partie, dans le titre *du Mariage;* dans le titre de *la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation;* et dans le titre de *la Majorité, de l'Interdiction et du Conseil judiciaire.*

Nous les verrons bientôt complétées dans ce titre même *des Contrats ou des Obligations conventionnelles* (art. 1305 et suiv.).

Ce que nous avons donc seulement à faire en ce moment, c'est de rappeler, à grands traits, les caractères généraux de ces incapacités.

294. — *a*. La cause de l'incapacité des mineurs, c'est le défaut présumé de l'intelligence nécessaire pour consentir; philosophiquement, la capacité n'est pas une condition distincte du consentement (*supra*, n° 79); mais il était impossible de laisser, sous l'empire du fait, la question de savoir si telle ou telle personne individuellement a la raison assez formée pour contracter; un tel système aurait soulevé, à tout instant, des difficultés et des procès; voilà pourquoi le législateur a décrété, en droit, une présomption d'incapacité contre tous ceux qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis (art. 488).

Notre droit français n'a pas d'ailleurs distingué, comme avait fait le droit romain, plusieurs périodes dans la minorité; et l'incapacité légale demeure la même pendant toute sa durée, depuis le point de départ jusqu'au terme.

Ajoutons pourtant que, s'il s'agissait d'un prétendu contrat passé par un enfant, la cause de la nullité dériverait alors, en fait, du défaut absolu de consentement, et non pas seulement, en droit, de l'incapacité (comp. *supra*, n° 80; notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 811; Colmet de Santerre, t. V, n° 39).

295. — C'est aussi une cause du même genre, qui explique l'incapacité des interdits et des autres personnes qui leur sont assimilées; à savoir : l'imperfection ou le dérangement des facultés intellectuelles (art. 489, 499, 513).

Nous ne parlons pas ici de l'individu interdit légalement, dans les termes de l'article 29 du Code pénal; c'est là, en effet, une situation différente, et qui est régie par des règles spéciales, que nous avons exposées ailleurs (comp. notre *Traité de la Publication, des effets et de l'ap-*

plication des lois en général; — De la Jouissance et de la privation des droits civils, etc., n° 192).

296. — Quant à l'incapacité des femmes mariées, nous en avons aussi déjà exposé la véritable cause, qui dérive, non pas de la faiblesse de leur sexe et de leur inexpérience des affaires civiles, mais du double droit qui appartient au mari : 1° de diriger la personne de sa femme, en vertu de la puissance maritale; 2° de veiller, comme chef de la famille, à la conservation de ses ressources (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 113 à 117).

297. — *b.* Nous avons tout à l'heure présenté comme affectant l'état général de la personne, ces trois incapacités des mineurs, des interdits et des femmes mariées (*supra*, n° 290).

Tel est, en effet, leur caractère.

Mais il n'en faut pas pourtant conclure que l'étendue en soit telle qu'elle comprenne indéfiniment tous les contrats et tous les actes de la vie civile.

Le texte même de l'article 1124 y ferait obstacle, en ce qui concerne les trois incapables sans distinction, si ces mots : *dans les cas exprimés par la loi,* s'appliquaient, également sans distinction, aux mineurs, aux interdits et aux femmes mariées; et c'est, en effet, ce qu'enseignent plusieurs jurisconsultes, notamment Demante, qui en déduit que ces incapacités ne sont pas toutes également entières, et *qu'on se borne ici à dire qu'elles ont lieu dans les cas exprimés par la loi* (t. V, n° 36).

Nous ne demanderions pas mieux que d'admettre cette manière d'entendre l'article 1124, qui fournirait un argument de plus à la doctrine, par laquelle nous avons entrepris d'établir que l'interdit lui-même n'est pas déclaré incapable *dans tous les cas*, et qu'il peut faire, durant ses intervalles lucides, les actes à l'égard desquels son tuteur ne peut pas le représenter (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction,* etc. t. II, n° 633).

Mais nous devons convenir que tel ne nous paraît pas être le sens de l'article 1124; ces mots : *dans les cas exprimés par la loi,* se réfèrent, suivant nous, uniquement *aux femmes mariées;* la preuve en résulte de la rédaction elle-même, qui présente trois *alinéas* dictincts, et qui ne place ces mots que dans le dernier des trois; on peut voir aussi que c'est en ce sens que l'article a été expliqué par M. Bigot-Préameneu, dans *l'Exposé des motifs* (comp. Fenet, t. XIII, p. 227; et notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 145).

Quant à l'article 1125, qui paraîtrait généraliser ce qui est spécial dans l'article 1124, en disposant que le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements que *dans les cas prévus par la loi,* nous y avons aussi déjà répondu (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 339).

La question de savoir quelle est, précisément, l'étendue de ces trois incapacités, demeure donc entière, même en présence des articles 1124 et 1125.

En ce qui concerne les mineurs, soit en tutelle, soit émancipés, nous l'avons examinée en partie; et nous y reviendrons encore (art. 1305 et suiv.; comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Émancipation; de l'Interdiction et du Conseil judiciaire*, t. I, n° 528, et t. II, n°s 789 et suiv.).

Il en est de même, en ce qui concerne les interdits sur l'incapacité desquels nous avons fourni des développements étendus (comp. notre *Traité* précité, t. II, n° 625 et suiv.).

Et, quant aux femmes mariées, on peut aussi se reporter aux développements que nous avons présentés (dans notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 145 et suiv.).

Pour les uns, d'ailleurs, comme pour les autres, mineurs, interdits et femmes mariées, nous compléterons

toute cette théorie dans notre titre même *des contrats ou des obligations conventionnelles* où notre Code lui-même l'a placée (art. 1304 et suiv.).

298. — *c.* L'article 1125 est ainsi conçu :

« Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent « attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements « que dans les cas prévus par la loi.

« Les personnes capables de s'engager ne peuvent « opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la « femme mariée, avec qui elles ont contracté. »

C'est-à-dire que la nullité, qui résulte de ces trois incapacités, est relative ; et, sous ce rapport, c'est très-justement que l'article 1108 ne déclare essentielle que *la capacité de la partie qui s'oblige* (comp. Inst. *De auct. tutorum*).

Il en est, à cet égard, de la femme mariée comme du mineur et de l'interdit, à la différence de notre Droit coutumier français, sous l'empire duquel la nullité résultant de l'incapacité de la femme mariée, était généralement considérée comme absolue (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 337).

Or, dire qu'une nullité est relative, c'est dire qu'elle n'a pas lieu *de plein droit* (comp. art. 1117) ; et c'est, en conséquence, exprimer ces trois propositions ; savoir :

1° Qu'elle n'est proposable que par certaines personnes ;

2° Qu'elle ne peut être proposée par ces personnes que pendant un certain temps ;

3° Qu'elle est susceptible de confirmation et de ratification.

L'article 1125 ne consacre ici que la première de ces conséquences.

C'est dans les articles 1304 et dans l'article 1338 et suivants, que nous trouverons le deux autres.

Nous avons aussi déjà exposé, en partie, cette thèse importante (comp. notre *Traité* précité, t. II, n°s 339 et suiv.).

Et nous la compléterons dans notre titre, à la place où le législateur lui-même s'en est occupé.

SECTION III.

DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONTRATS.

SOMMAIRE.

fend toutes les conventions qui blessent l'ordre public et les bonnes mœurs. — Observation.

324. — Une succession, non encore ouverte, ne peut pas être l'objet d'une convention.

325. — Suite.

326. — Suite.

327. — Suite.

328. — Suite.

329. — Suite. — *Quid*, si un contrat porte, tout à la fois, sur une succession ouverte et sur une succession non ouverte?

330. — Des choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée.

331. — Des choses contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

332. — De la vente des grains en vert et pendants par racines.

333. — La liberté des personnes ne saurait être l'objet d'une convention. — Conséquence.

333 *bis*. — Suite.

334. — Du contrat, qui a pour objet une entreprise de succès dramatiques.

335. — Du contrat qui a pour objet la négociation d'un mariage. — Des entreprises ou agences matrimoniales.

335 *bis*. — Du contrat qui a pour objet de garantir un propriétaire ou entrepreneur de voitures de la responsabilité civile des accidents que peuvent occasionner ses voitures.

335 *ter*. — Du contrat, qui a pour objet la révélation d'une succession; ou, plus généralement, d'un droit ou d'une prétention quelconque.

336. — Du contrat qui a pour objet la cession d'un office ministériel, dans les termes de la loi du 28 avril 1816.

337. — Du contrat qui a pour objet la démission d'un fonctionnaire public, auquel la loi du 28 avril 1816 n'a pas accordé le droit de présentation.

338. — Suite. — De la convention de société que le titulaire d'un office ministériel aurait formée, avec une ou plusieurs personnes, pour l'exploitation de son office.

339. — Du contrat par lequel le titulaire d'un bureau de tabac, géré par un tiers, s'engage à présenter à l'agrément de l'administration le successeur que celui-ci pourra lui désigner.

340. — Un brevet d'imprimeur peut-il être l'objet d'un contrat de cession?

341. — *Quid*, de la clientèle d'une charge d'agréé à un tribunal de commerce?

342. — *Quid*, de la clientèle d'un médecin?

343. — *Quid*, de la clientèle d'un avocat?

299. — La troisième condition, que l'article 1108 déclare essentielle pour la validité d'une convention, c'est un objet certain qui forme la matière de l'engagement (*supra*, [illegible]).

Et celle-ci est, en effet, vraiment *essentielle!*

Comment concevoir, en effet, une convention qui n'aurait pas d'objet!

Aussi, ne trouve-t-on, dans cette section III, aucun article semblable à l'article 1117 de la section I, et à l'article 1125 de la section II, desquels il résulte que les vices du consentement ou l'incapacité de la partie qui s'oblige, rendent seulement la convention annulable.

Il est évident, au contraire, que le défaut d'objet rend la convention nulle, ou plutôt même qu'il l'empêche de se former!

300. — Cela est d'autant plus évident, que ce que nous appelons, avec nos textes, l'objet du contrat, n'est autre chose que l'objet même de l'obligation, qui en résulte.

Le contrat, en effet, n'ayant d'autre but que de produire des obligations, a nécessairement lui-même pour objet ce qui fait la matière des obligations qui en dérivent; et c'est ce qu'explique très-bien cette définition de l'article 1101 :

« Le contrat est une convention par laquelle une ou « plusieurs personnes *s'obligent*, envers une ou plusieurs « autres, *à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* (comp. les art. 1129 et 1130).

D'où résulte cette conséquence qu'il doit toujours y avoir, dans un contrat, autant d'objets qu'il y a d'obligations.

Le contrat ne produit-il qu'une obligation? il suffit qu'il ait un objet.

Je vous prête 10 000 fr.

Quel est l'objet du contrat? les 10 000 fr.

Et l'objet de l'obligation? évidemment aussi les 10 000 fr.

Si le contrat produit deux obligations, il doit avoir deux objets.

Je vous vends une maison, moyennant 10000 francs. Le contrat a deux objets : la maison et les 10000 francs;

le premier, qui est l'objet de l'obligation du vendeur; le second, qui est l'objet de l'obligation de l'acheteur.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi; puisqu'il ne saurait y avoir une obligation sans un objet !

301. — Cette thèse de l'objet et de la matière des contrats nous paraît pouvoir être présentée sous la forme d'une règle générale, avec deux exceptions.

La règle, c'est que toute chose peut être l'objet d'un contrat, en employant ce mot : *chose*, dans l'acception large, où nous allons voir qu'il est employé par l'article 1126.

La première exception s'applique aux choses qui ne seraient pas énoncées dans la convention, d'une manière suffisamment précise ; de sorte que la prétendue obligation ne lierait pas sérieusement le promettant et que le stipulant ne pourrait pas conclure, contre lui, à une condamnation judiciaire ;

La seconde exception s'applique aux choses qui sont impossibles, soit naturellement, soit légalement.

Voilà le cadre dans lequel nous allons exposer les principes de ce sujet.

302. — *a.* Et d'abord, disons-nous, la règle générale est que toute chose peut être l'objet d'un contrat.

Aux termes de l'article 1126 :

« Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie « s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou « à ne pas faire. »

Une chose ! cela est aussi général que possible; donc, toute chose, quelle qu'elle soit (comp. art. 1598), sous la condition, évidemment, qu'elle puisse être d'une utilité appréciable pécuniairement pour le stipulant; condition qui est toujours, maintenant, sous-entendue pour nous, puisque le stipulant, s'il n'avait pas d'intérêt, n'aurait pas d'action, et que si le stipulant n'avait pas d'action, il n'y aurait pas d'obligation !

Remarquons le sens large de ce mot : *chose*, dont l'ac-

ception est, en effet, dans notre langue, d'une infinie flexibilité; il n'est pas employé, par l'article 1126, dans son sens ordinaire, comme synonyme de *bien ;* il signifie quoi que ce soit: ou un bien, qu'il faut donner, ou un fait qu'il faut accomplir, ou un fait dont il faut s'abstenir (comp. art. 1101).

L'article 23 du projet (correspondant à notre article 1126), portait que :

« Tout contrat a pour objet *une chose* qu'une partie « s'oblige de donner, ou *un fait* que l'une des parties « s'oblige de faire ou de ne pas faire. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 96).

C'était exactement la définition de Pothier (n° 130).

Mais le Tribunat demanda la suppression de ces mots : *un fait,* comme inutile, et pour éviter de dire : *faire un fait* (Locré, *loc. supra cit.*, p. 259).

Et voilà comme il est advenu que le mot : *chose*, a reçu, dans notre article, cette signification générale.

303. — D'après l'article 1127 :

« Le simple usage ou la simple possession de la « chose peut être, comme la chose même, l'objet du « contrat. »

On voit que le mot : *chose,* reprend ici, au contraire, sa signification spéciale; cet article, en effet, se réfère non plus à l'obligation, qui a pour objet un fait qu'il faut accomplir, ou dont il faut s'abstenir, mais à l'obligation, qui a pour objet une chose qu'il faut donner.

Donner ! c'est le terme dont l'article 1126 s'est servi, et dont l'article 1127 nous fournit l'explication.

C'est, en effet, encore un mot, dont le sens est, comme celui du mot *chose,* très-peu précis et très-variable !

Sans parler de l'acception, d'après laquelle le mot : *donner,* exprime un acte de libéralité entre-vifs, acception française et non pas romaine (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 35);

Le mot : *donner,* est encore, même dans la matière des

contrats, susceptible de deux acceptions différentes; et il signifie tantôt, transférer la propriété de la chose; tantôt, en livrer ou en *prester* seulement l'usage ou la simple possession.

Ces deux acceptions sont anciennes; et les jurisconsultes romains eux-mêmes les ont employées :

« DARE *cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat...* » (*Inst.*, § 14, *De actionbus;* ajout. L. 11, ff. *De rebus credit.;* et notre *Traité des Successions*, t. I, n° 4).

« *Is cui res utenda* DATUR, *id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione.* » (*Inst.*, *Quib. mod. re contrah obligat.*)

Eh bien! l'article 1127 nous paraît prouver, par sa relation avec l'article 1126, que le mot : *donner*, y est employé dans cette double acception (comp. toutefois, Duranton, t. X, n° 297).

Mais, en général, il signifie, dans son acception la plus ordinaire, transférer la propriété; et il importe, dès lors, que les contractants, lorsqu'ils l'emploient dans un autre sens, ne laissent pas subsister d'équivoque et d'incertitude.

304. — Quoi qu'il en soit, ce n'est pas seulement *la chose même*, c'est-à-dire la propriété même de la chose, que le contrat peut avoir pour objet (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété*, etc., t. I, n°s 35 et 334);

Il peut aussi avoir pour objet l'un de ses démembrements, comme un droit d'usufruit ou de servitude, ou le simple usage, comme dans le louage ou le commodat, ou même seulement la simple possession ou la garde, comme dans le nantissement, le dépôt ou le séquestre.

305. — L'article 1130, premier alinéa, ajoute que :

« Les choses futures peuvent être l'objet d'une obli-« gation. »

C'est que, en effet, si elles n'existent pas encore dans le présent, elles existeront plus tard dans l'avenir.

Je puis donc vendre, par exemple, à un fabricant d'huiles ma récolte de colza de l'an prochain, ou ma prochaine vendange à un marchand de vins, ou le croît futur de mon troupeau à un cultivateur, ou à un industriel les produits, qui seront fabriqués l'an prochain dans ma manufacture, etc.

Et si ma récole est détruite par la grêle ou par la gelée, de manière que je n'aie pas du tout, ou (ce qui revient au même), que je n'aie presque pas de colza ou de raisin? — Et si mon troupeau périt? — Et si ma manufacture est brûlée?

Eh bien! alors, le contrat n'aura pas eu d'objet; et l'acheteur se trouvera délié rétroactivement de l'obligation de payer le prix d'une vente qui n'a pas pu s'accomplir, subordonnée qu'elle était à la condition de l'existence de l'objet futur, sur lequel les parties avaient traité; tel est, en effet, le caractère des contrats qui ont pour objet des choses futures, qu'ils dépendent conditionnellement de la future existence de ces choses (comp. L. 8, princ. ff. *De contrah empt.*; art. 1769 et 1770; Pothier, n° 132).

306. — Il n'en serait autrement que dans le cas où l'objet du contrat serait, non pas la chose future elle-même, mais seulement l'espérance, la chance d'avoir cette chose.

C'est en ce sens, que Pomponius ajoute :

« *Aliquando tamen* SINE RE *venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur...* »

Et il cite l'exemple de la vente d'un coup de filet, qui est valable, en effet, lors même qu'il n'en serait rien retiré :

« *Quod fit, cum captus piscium vel avium, vel messilium emitur; emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est.* » (L. 8, § 1; ajout. Nov. 160, cap. I; Nov. 72, cap. VII.)

Ces derniers mots prouvent assez que la vente alors, n'a pas lieu *sine re;* ce qui serait impossible! aussi Pothier a-t-il encore ajouté : *sine re physicâ.*

C'est-à-dire que la vente a pour objet non pas une chose *future* corporelle, mais une chose *présente* incorporelle, *spes*, *alea*; et elle constitue, en effet, un contrat aléatoire!

Dans quels cas une telle convention aura-t-elle pour objet la chose future elle-même, ou seulement la chance d'avoir cette chose? Et par exemple, si j'ai vendu ma récolte de colza ou de blé de l'an prochain, comment pourra-t-on reconnaître le véritable objet du contrat?

Ce n'est plus là qu'une question d'interprétation, à décider, en fait, d'après les termes de l'acte, l'importance plus ou moins grande du prix stipulé, et toutes les autres circonstances.

Dans le doute, nous croyons qu'il faudrait la résoudre contre le vendeur, *qui potuit legem apertius dicere* (arg. de l'art. 1602; comp. Despeisses, p. 7, n° 1; Pothier, *Traité de la Vente*, n° 5; Duranton, t. X, nos 300-301; Troplong, *De la Vente*, t. I, n° 204; Larombière, t. I, art. 1129, n° 7; Colmet de Santerre, t. V, n° 47 *bis*, I).

307. — Le caractère, que nous venons de signaler dans le contrat, qui a pour objet des choses futures, n'est pas sans importance; et il peut en résulter de graves conséquences, relativement à ses effets, à l'égard des tiers.

Cette observation pourrait surtout offrir aussi beaucoup d'intérêt dans les contrats, qui ont pour objet les fruits à naître d'un domaine, quant au point de savoir si l'acquéreur en est saisi à l'égard des tiers, soit d'un acquéreur postérieur, soit même d'un simple créancier (comp. Rouen, 28 nov. 1825, Sirey, 1826, II, 214; Caen, 5 mai 1836, Maheust, Dev. 1836, II, 337; Aix, 15 juin 1838, Demaye, Dev. 1839, II, 93; Cass. 7 août 1843, Turgot, Dev. 1843, I, 775).

308. — Le prix d'un office ministériel peut-il être transporté à un tiers par le cédant, avant la nomination du cessionnaire?

Pourquoi non?

Ce n'est pas même là une chose future, dans le sens de

l'article 1130; c'est une créance déjà née, qui est, à la vérité, subordonnée à la condition de la nomination du cessionnaire par le gouvernement, mais qui, une fois cette condition accomplie, devra être considérée comme pure et simple dès le jour du traité; et on ne voit pas pourquoi le cédant ne pourrait pas en disposer, comme des autres biens qui lui appartiennent (art. 537, 544).

Plusieurs arrêts ont toutefois décidé que cette créance ne pouvait pas être l'objet d'un contrat, et qu'elle était incessible et insaisissable. (Comp. Angers, 12 août 1840, P......, Dev. 1840, II, 394; Paris, 25 déc. 1843, Goudart, Dev. 1844, II, 401; Bourges, 11 déc., 1844, Vergnes, Dev., 1846, II, 271; ajout. une Instruction ministérielle, Dev., 1843, II, 608).

Mais nous venons de dire pourquoi nous préférons la doctrine contraire qui est celle de la Cour de cassation. (Cass. 15 janv. 1845, Goudard, Dev., 1845, I, 84; ajout. Paris, 26 juill. 1843, Cochet, Dev., 1843, II, 523; Dard, *Traité des Offices*, p. 508; et *infra*, nos 336 et suiv.)

309. — Que les choses, qui n'appartiennent pas au promettant, puissent être l'objet d'un contrat, lorsqu'il s'agit de choses indéterminées, cela est d'évidence! et je puis m'engager à vous livrer, dans un certain délai, dix chevaux ou dix mesures de blé, lors même que je n'aurais actuellement ni un seul cheval, ni une seule mesure de blé; il suffira que je les aie, pour remplir mon obligation, à l'expiration du délai; et il n'y a aucun motif pour exiger que je les aie déjà, lors de la formation du contrat (comp. art. 1022, 1045).

Mais en est-il de même, lorsqu'il s'agit de choses déterminées? et ne faut-il pas, au contraire, dans ce cas, que la chose, qui fait l'objet du contrat, appartienne au promettant?

Nous croyons que telle est la règle générale dans notre droit, et qu'il faut que la propriété de la chose appar-

tienne au promettant, dans ceux des contrats qui impliquent, en effet, cette condition, par leur nature et dans la commune intention des parties, comme le contrat de louage, ou de société, etc. (comp. art. 1726, 1727, 1845).

C'est ainsi que l'article 1599 dispose que la vente de la chose d'autrui est nulle.

Mais ce n'est pas ici le moment de nous engager dans cette thèse délicate; bornons-nous à remarquer que la vente, malgré la nullité, que l'article 1599 en prononce, de même que les autres contrats, qui porteraient sur la chose d'autrui, n'en peuvent pas moins donner lieu à une action en dommages-intérêts au profit de la partie, envers laquelle ils ne sont pas exécutés (comp. Duranton, t. X, n° 308; Troplong, *De la Vente,* n° 231; Larombière, t. I, art. 1128, n°s 28 et suiv.).

310. — Est-il besoin de dire que la chose, qui appartient au stipulant, ne peut pas être l'objet d'un contrat par lequel le promettant s'engagerait à la lui donner!

Si donc, par erreur, *ignorans,* ou autrement, j'ai stipulé que l'on me donnerait ma propre chose, la stipulation est nulle (L. 1, § 8, *ff. des Obligat. et Act.*).

Ajoutons même que, généralement, un tel contrat ne deviendrait pas valable par la circonstance que la chose aurait ensuite cessé d'appartenir au stipulant; nul, en effet, dès le principe, il n'avait pas lié les parties; et il ne saurait devenir valable par un événement postérieur indépendant de leur volonté (comp. Pothier, n° 134; Duranton, t. X, n° 322).

311. — Si le droit du stipulant sur la chose, qui lui appartient, n'est pas complet, s'il est, par exemple, sujet à quelque cause de rescision ou de résolution, rien ne s'oppose à la validité d'un contrat, par lequel le promettant s'engagerait à compléter ou à consolider son droit, en faisant disparaître cette cause de rescision ou de résolution.

312. — Nous n'avons pas à insister davantage sur la règle elle-même (*supra*, n° 302).

Il suffit de conclure, comme nous avons commencé, à savoir : que *toute chose* peut être l'objet d'un contrat, à moins qu'elle ne se trouve dans l'une ou l'autre des deux exceptions qui limitent cette règle.

C'est donc de ces exceptions que nous devons maintenant nous occuper.

313. — *b*. La première, avons-nous dit, s'applique aux choses qui ne seraient pas exprimées dans la convention d'une manière suffisamment précise ; de sorte que la prétendue obligation ne lierait pas le promettant, et que le stipulant ne pourrait pas conclure, contre lui, à une condamnation judiciaire.

Énoncer cette exception, c'est la démontrer !

« Le contrat, en effet, est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent.... » (art. 1101).

Or, l'obligation est un lien de droit, en vertu duquel le créancier doit pouvoir contraindre le débiteur à l'accomplissement de ce qu'il a promis.

Si donc il arrive que le prétendu débiteur puisse se soustraire à cette contrainte, c'est qu'il n'y a pas de contrat ni d'obligation !

Tel est le principe.

Nous en trouvons la consécration dans l'article 1129, qui est ainsi conçu :

« Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au « moins déterminée quant à son espèce.

« La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu « qu'elle puisse être déterminée. »

C'est en ce sens que l'article 1108 dispose que l'une des conditions essentielles pour la validité d'une convention, est un *objet certain*, qui forme la matière de l'engagement ; et l'article 1129 nous fournit la véritable acception de ces mots, qu'il importe de bien comprendre.

J'ai promis de vous donner le cheval A, qui est dans mon écurie.

Voilà une obligation qui a pour objet *un corps certain*, suivant l'expression consacrée dans les livres de la doctrine et dans les textes de la loi (art. 1245, 1302).

Mais tel n'est pas le sens des mots : *objet certain*, dans l'article 1108 ; ce qu'ils expriment, c'est que la chose doit être déterminée, non pas *quant à l'individu*, mais *quant à l'espèce*.

J'ai promis de vous donner un cheval.

L'obligation est valable; elle a, en effet, un *objet certain*, dans le sens de notre règle, c'est-à-dire qu'il y a une obligation sérieuse, et que le débiteur pourra être judiciairement contraint à l'exécuter (art. 1022, 1246).

Mais supposez, au contraire, que j'ai promis de vous livrer *un animal !*

Voilà une obligation qui comprend tout *le genre* des animaux, et qui n'est pas determinée, quant à son espèce.

Eh ! que disons-nous ! une obligation ; il n'y en a pas l'ombre; puisque le prétendu débiteur pourrait se libérer, en m'offrant dérisoirement un *insecte*, et que le prétendu créancier ne pourrait pas conclure sérieusement, afin d'obtenir une condamnation.

Tel est certainement le sens de la disposition de l'article 1129 ; c'est-à-dire que le mot : *espèce*, y est employé, par une double opposition aux mots : *individu* et *genre*.

Ce n'est pas que cette terminologie soit d'une exactitude absolue; ces mêmes mots, au contraire, sont souvent employés, dans les classifications scientifiques des naturalistes, et même aussi des jurisconsultes, avec un sens différent. C'est ainsi que l'on distingue, dans le droit, parmi les obligations *de genre*, celles qui appartiennent *au genre limité*, et celles qui appartiennent *au genre illimité;* et l'on fait, entre les unes et les autres, cette différence que l'extinction de l'obligation par la

perte fortuite de la chose, qui est applicable aux premières, n'est pas applicable aux secondes, par le motif précisément que *genus non perit!* or, il est clair que, d'après cette nouvelle terminologie, le mot : *genre*, devient synonyme du mot : *espèce*, tel que l'article 1129 l'a employé (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 731).

Quoi qu'il en soit, ce qui est nécessaire et ce qui suffit, c'est que la chose, qui fait l'objet du contrat, puisse être sérieusement reconnue, et que, si elle est indéterminée, elle offre néanmoins, comme disait Pothier, dans son indétermination, une certaine considération morale.... *certam finitionem* (n° 131).

C'est aux magistrats qu'il appartient de décider, en fait, si, dans les contrats où une telle difficulté s'élèverait, cette condition se trouve suffisamment remplie.

314. — Ce n'est pas assez de déterminer l'objet du contrat et sa nature :.... *quid*, *quale sit*.

Il faut en déterminer aussi la quotité ou la quantité.... *quantum sit* (L. 74, ff. *De verbor. obligat.*).

Je vous ai promis *du charbon*, *du vin*, *du blé*... *triticum dare;* et notre convention ne dit rien de plus.

Elle est évidemment nulle dans ces termes-là ; et vous ne pouvez pas même m'en demander une seule mesure.... *ne unum quidem modium!* dit Marcellus. (L. 94, ff. *De verbor. obligat.*).

Car je pourrais me libérer par une prestation insignifiante ou dérisoire, en vous offrant un seul grain de blé!

Pourquoi? parce que la détermination exacte de la quotité, que je vous dois, est impossible à faire !

C'est-à-dire qu'il n'y a pas de lien, et, dès lors, pas d'obligation (comp. Pothier, n° 131).

315. — Mais la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

J'ai promis de vous livrer le charbon nécessaire pour

le service de votre usine pendant l'année prochaine, ou le blé nécessaire pour la nourriture de votre famille pendant six mois.

Voilà une obligation valable; car, si la quantité du charbon ou du blé, qui en fait l'objet, n'est pas actuellement déterminée, elle est du moins déterminable; et le lien de droit a pu se former, de manière à ce que l'exécution ne soit plus subordonnée au caprice du débiteur. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 43; Cass., 1er juillet 1862, Martin, Dev., 1862, I, 863; Lyon, 10 mars 1864, J. B...., Dev., 1864, II, 229; Pothier, n° 131; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 214; Larombière, t. I, art. 1129, n° 4.)

316. — *c*. La seconde exception que notre règle comporte, est applicable aux choses, qui sont impossibles naturellement ou légalement (*supra*, n° 300).

Aux termes de l'article 1128 :

« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce, « qui puissent être l'objet des conventions. »

Peut-être la rédaction eût-elle été plus correcte, si on eût dit qu'il n'y a que les choses qui ne sont pas dans le commerce, qui ne puissent pas être l'objet des conventions; l'article 1128, tel qu'il est rédigé, semble présenter comme la règle ce qui n'est, au contraire, que l'exception!

Quoi qu'il en soit, c'est sur cet article, en effet, que nous basons cette seconde exception, d'après laquelle les choses impossibles naturellement et les choses impossibles légalement ne peuvent pas être l'objet d'un contrat; car, des unes comme des autres, il est vrai de dire qu'elles ne sont pas dans le commerce; et, sous ce rapport, l'article 1130, qui porte qu'une succession non ouverte ne peut pas être l'objet d'une convention, n'est lui-même qu'une conséquence de la règle posée par l'article 1128.

Cette règle, d'ailleurs, est d'évidence :

Toute convention, quel qu'en soit le but, qu'elle doive engendrer un droit réel ou un droit personnel, aboutit, en définitive, à créer, au profit du stipulant, un certain droit privé sur la chose, et, comme dit Demante, à la lui *approprier sous certains rapports* (t. V, n° 42).

Or, cette *appropriation* ne saurait s'établir sur une chose qui n'est pas susceptible de devenir l'objet d'un droit privé.

317. — Le mot *chose*, d'ailleurs, a, dans l'article 1128, la même acception, que nous y avons reconnue dans l'article 1126 (*supra*, n° 302).

Il signifie non-seulement *un bien* proprement dit;

Mais encore un fait que le promettant doit accomplir;

Ou un fait dont il doit s'abstenir.

Car il y a aussi des *faits* impossibles, soit naturellement, soit légalement;

De même qu'il y a *des abstentions* impossibles, lorsqu'il s'agit de faits dont l'accomplissement est un devoir! (Comp. *infra*, n° 236.)

318. — Ajoutons que l'impossibilité de la chose qui fait l'objet du contrat, doit être absolue et perpétuelle.

Si elle n'était que relative ou temporaire, elle ne serait pas un obstacle à sa validité.

L'impossibilité relative, c'est-à-dire celle qui vient seulement du promettant, n'est pas, en effet, une *impossibilité* réelle; elle est plutôt une *impuissance* personnelle!

« .... *Recedit ab impedimento naturali et respicit ad facultatem.* »

Dit Venuleius; et il conclut, avec beauconp de raison, en ces termes :

« *Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, cum alii possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit.* » (L. 137, § 4 et 5, ff. *De verb. obligat.*)

C'est la faute du débiteur d'avoir contracté témérairement une obligation au-dessus de ses forces; et le

créancier a certainement le droit de demander, contre lui, des dommages-intérêts, à défaut d'exécution de cette obligation (art. 1147, 1148; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, nº 223; Pothier, nº 136).

319. — Quant à l'impossibilité seulement temporaire ou momentanée, elle ne fait pas non plus obstacle à la validité du contrat; et elle n'a d'autre effet que de rendre l'obligation à terme.

Ou, du moins, y a-t-il là une question d'interprétation, qu'il appartient aux magistrats de décider d'après les circonstances (comp. notre *Traité* précité, t. I, nº 224; Larombière, t. I, art. 1128, nº 5).

320. — Toullier a proposé d'admettre une distinction entre l'impossibilité, qui dérive, dit-il, du droit naturel, et l'impossibilité, qui dérive du droit civil.

D'après le savant auteur, la première ferait seule un obstacle absolu à la validité du contrat; tandis qu'il n'en serait pas ainsi de la seconde.

Et, après avoir invoqué l'autorité de Barbeyrac (sur Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. III, chap. VI, § 7, note 3), il conclut ainsi, en appliquant sa doctrine à un contrat qui a pour objet *des marchandises de contrebande :*

« Lorsque les deux parties, ou celle qui est punissable, a satisfait à la loi, en payant l'amende ou en subissant la peine prononcée contre la convention, *l'engagement pris en fraude des lois purement civiles et des règlements arbitraires, est valable de contractant à contractant.* » (T. III, nº 127.)

Mais une pareille théorie est certainement inadmissible; elle est contraire au texte même de nos articles, qui ne comportent aucune distinction de ce genre (art. 6, 1128, 1133, 1172); et elle aurait, en outre, le très-sérieux danger d'ébranler, dans l'esprit des populations, l'autorité des lois!

Aussi n'admettons-nous pas plus, en cette rencontre que dans toutes les autres, au point de vue de l'application pratique, cette distinction entre le droit naturel et le droit positif; et nous sommes entièrement de l'avis de l'honorable M. Duvergier, qui, en reprenant Toullier sur ce point, remarque qu'il serait *très-difficile, sinon impossible, de déterminer, d'une manière exacte, ce qui appartient au droit naturel et ce qui appartient au droit civil proprement dit* (h. l., note *a;* comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois*, etc., nos 10 et 208).

Il faut donc conclure que toute impossibilité qui est prononcée *par une loi d'ordre public*, relativement à une chose quelconque, s'oppose à la validité de la convention dont cette chose serait l'objet, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'origine ni le caractère de cette impossibilité !

Telle était bien, aussi, la pensée du jurisconsulte Paul, lorsqu'il posait, sans aucune distinction, cette maxime :

« .... *Quas (res) natura, vel gentium jus, vel mores civi-*
« *tatis commercio exemerunt, earum venditio nulla est.* »
(L. 34, § 1, ff. *De contrah. empt.*)

321. — Que le contrat soit nul, ou plutôt qu'il n'y ait pas de contrat, lorsque les parties ont traité sur une chose qui n'existait pas, cela va de soi ! (Comp. § 1, Inst. *de inut. stipul.*; art. 1601) ;

C'est ainsi que la vente serait nulle, si la chose vendue était périe en totalité, au moment de la vente (art. 1601) ;

Sauf à examiner s'il y a lieu à des dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382, de la part de l'une des parties envers l'autre, dans le cas où l'une d'elles, en effet, aurait su que la chose n'existait pas, tandis que l'autre l'ignorait.

322. — De même, si une partie seulement de la chose était périe, au moment du contrat, il y aurait lieu d'exa-

miner, eu égard à l'importance de la partie, qui existerait encore, à la destination de cette chose et à toutes les autres circonstances du fait, si le contrat s'est ou ne s'est pas formé, sauf à admettre une diminution dans le prix, dans le cas où l'on déciderait que le contrat s'est formé.

Du moins, pouvons-nous dire que les magistrats ont, en fait, le pouvoir de résoudre ainsi ces questions, par interprétation de l'intention des parties contractantes.

Telle est la doctrine qui nous paraît résulter, en matière de vente, de la combinaison des articles 1601, 1636 et 1637.

Et comme elle est conforme aux principes généraux, nous croyons qu'il faut l'appliquer également aux autres contrats (comp. Larombière, t. I, art. 1128, n° 8).

323. — L'impossibilité légale par suite de laquelle une chose ne peut pas être l'objet d'une convention, peut résulter de deux causes :

Soit d'une prohibition spéciale de la loi ;

Soit de la prohibition générale, par laquelle la loi défend toutes les conventions qui blessent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6).

Notre dessein ne saurait être de retracer ici le tableau complet de ces diverses prohibitions ; la carrière serait sans limites !

Nous exposerons, toutefois, les principales, celles-là surtout, qui, dans l'état actuel de la civilisation et des mœurs de notre société, se présentent le plus souvent, et offrent le plus d'intérêt.

324. — Et d'abord, nous trouvons, dans notre section même, l'exemple d'une prohibition spéciale, que le second alinéa de l'article 1130 prononce en ces termes :

« Les choses futures peuvent être l'objet d'une obli-
« gation.

« On ne peut cependant renoncer à une succession non

« ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille « succession, même avec le consentement de celui de la « succession duquel il s'agit » (ajout. art. 791, 1600, 1837; L. 1 et 7, ff. *De hæredit. vel act. vendit;* L. 30, Cod. *de Pactis*).

Déjà, plus d'une fois, nous avons exposé les graves considérations d'intérêt privé et d'intérêt public, sur lesquelles cette prohibition est fondée (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n[os] 300-301 ; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 324).

Le législateur nouveau les a regardées, en effet, comme tellement graves, que, plus rigoureux, en ce point, que l'ancien législateur, il n'en a pas excepté les contrats de mariage, et qu'il n'admet pas non plus que le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, puisse valider un pacte quelconque, dont cette succession serait l'objet; d'où il suit que l'on ne peut pas plus traiter de sa propre succession que de la succession d'un autre (comp. Grenoble, 13 déc. 1828, Sirey, 1829, II, 278; Cass., 14 nov. 1843, Prudhomme, Dev., 1844, I, 229; Orléans, 24 mai 1849, Courtin, Dev., 1849, II, 600; Cass., 25 janv. 1853, Stewart, Dev., 1853, I, 172; Caen, 23 mai 1861, Bréard-Lalande, Dev., 1862, II, 107; Pothier, *Du Contrat de Vente*, n° 527; Despeisses, t. VIII, n° 5).

Telle est donc aujourd'hui notre règle; et on n'y peut admettre d'exceptions que celles, en très-petit nombre, qui ont été admises par la loi elle-même (comp. art. 761, 918).

325. — Aussi, faut-il l'appliquer, non-seulement aux contrats, qui auraient pour objet l'universalité ou une quote-part de l'universalité d'une succession non encore ouverte, mais encore à ceux qui auraient pour objet des droits héréditaires éventuels sur des choses déterminées; car nos textes ne font aucune distinction; et même l'article 791 défend positivement toute aliénation, soit *de la succession*, soit des *droits éventuels* que l'on peut y

avoir (comp. Cass., 11 nov. 1845, Guérin, Dev., 1845, I, 785 ; Troplong, *De la Vente*, t. I, n° 746 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 216; Larombière, t. I, art. 1130, n° 13).

Il en serait autrement, toutefois, si les choses qui font l'objet du contrat, n'avaient pas été considérées comme des objets héréditaires futurs, et si celui qui traitait relativement à ces choses, n'agissait pas en qualité d'héritier éventuel; il pourrait bien y avoir, dans ce cas, une vente de la chose d'autrui ; il n'y aurait pas une vente d'un droit éventuel à une succession non ouverte (comp. Cass., 22 janv. 1832, Fargeot, D., 1832, I, 377).

326. — Le droit éventuel de l'appelé, dans une substitution, peut-il être l'objet d'un contrat, avant la mort du grevé ?

De même, le droit éventuel d'un donataire de biens à venir, ou, comme on dit encore aujourd'hui, d'un héritier contractuel, peut-il être l'objet d'un contrat, avant la mort du donateur ou de l'instituant ?

Questions controversées, que nous avons, pour notre part, résolues toutes les deux, négativement ; nous croyons devoir persister dans cette doctrine, en nous référant aux motifs sur lesquels nous l'avons fondée (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 599; et t. VI, n° 324).

327. — Il est vrai qu'un droit soumis à un terme, peut être l'objet d'un contrat, lors même que l'époque de l'exigibilité serait le décès d'une personne.

Oui ! mais à la condition qu'il n'ait pas le caractère d'un droit éventuel à la succession de cette personne, et qu'il constitue une créance dès à présent acquise, dont l'échéance soit seulement ajournée jusqu'à l'époque de son décès.

C'est ainsi, par exemple, qu'un mari peut céder, même du vivant des constituants, la dot mobilière constituée à sa femme, encore bien qu'elle ne soit exigible qu'à l'é-

poque de leur décès (comp. Cass., 12 août 1846, Lasserre, Dev., 1846, I, 602; Cass., 15 juin 1852, Dev., 1853, I, 743).

328. — J'ai contracté, soit comme débiteur principal, soit comme caution, l'obligation de payer une certaine somme, à l'époque du décès de Paul, dont je suis l'héritier présomptif.

Est-ce un pacte sur une succession future?

Nous croyons qu'il faut distinguer :

Oui, s'il résulte de la convention que je n'ai entendu m'obliger, en effet, que sous la condition que je ne pourrais être poursuivi que sur les biens que je recueillerai dans la succession de Paul;

Non, s'il en résulte, au contraire, que je me suis obligé à tout événement, et pour être poursuivi sur tous mes biens; de manière que l'époque du décès de Paul n'ait été considérée que comme un terme d'échéance; ce qui n'a rien d'illicite (comp. Caen, 19 juin 1837, Miquelard, *Rec. des arrêts de Caen,* 1837, p. 447; Larombière, t. I, art. 1130, n° 16).

329. — Voici un contrat, qui porte, tout à la fois, sur une succession ouverte, et sur une succession non ouverte.

Quel doit en être le sort?

Il n'y aurait pas de difficulté, si des prix distincts étaient afférents à chacun de ces deux objets; car il y aurait là, en réalité, deux contrats distincts : l'un, quant à la succession ouverte, et qui serait valable; l'autre, quant à la succession non ouverte, et qui serait nul.

Mais c'est pour un seul et même prix que le contrat a été fait?

Il sera nul pour le tout, dit M. Troplong; car il forme un tout indivisible (*De la Vente*, t. I, n° 251; comp. Limoges, 13 fév. 1828, Dupuy, D., 1829, II, 61; Limoges, 6 avril 1838, Meysonial, Dev., 1838, II, 201; Montpellier, 4 août 1832, Artbaud, Dev., 1832, II, 481;

Toulouse, 27 août 1833, Dev., Rivière, 1834, II, 97; Cass., 14 nov. 1843, Prudhomme, Dev., 1844, I, 229).

« C'est une erreur! répond M. Duvergier; sans doute, les magistrats ont le pouvoir de le décider ainsi, en vertu de l'article 1636, par le motif que l'acheteur n'aurait point acheté sans la partie, pour laquelle la vente est nulle; mais on ne saurait poser en principe, que lorsqu'un seul prix a été stipulé, la vente doit être annulée pour le tout, à raison d'une prétendue indivisibilité, ou de l'impossibilité de déterminer le prix de la succession échue et celui afférent à la succession future. » (*De la Vente*, t. I, n° 231; comp. Grenoble, 8 août 1832, Berréon, Dev., 1833, II, 176; Tribun. civ. de Bastia, 20 mai 1836, Mattei, Dev., 1843, I, 33).

Cette doctrine nous paraîtrait, en effet, plus exacte; et tout en admettant qu'il ne faut pas scinder facilement un seul contrat, nous voudrions aussi réserver aux magistrats, le pouvoir d'interpréter, dans ce cas comme dans tous les autres, l'intention vraisemblable des parties et de maintenir, en conséquence, le contrat, s'il y avait lieu, par application de l'article 1636.

Nous croirions surtout, malgré une décision contraire de la Cour d'Orléans (24 mai 1849, Courtin, Dev., 1849, II, 600), que le contrat devrait être maintenu, si la partie au profit de laquelle il aurait été passé, consentait à faire porter sur la succession ouverte la totalité du prix stipulé, en renonçant au bénéfice du contrat, relativement à la succession non ouverte (comp. Grenoble, 8 août 1832, Berréon, Dev., 1832, II, 176; Cass., 17 janv. 1837, Berréon, Dev., 1837, I, 247; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 216).

330. — Il est clair qu'il faut considérer comme étant hors du commerce :

Soit les choses qui ne sont pas susceptibles d'une

possession exclusive, aux termes de l'article 714 (comp. notre *Traité des Successions,* t. I, n° 21);

Soit les choses qui, étant destinées à un service d'utilité publique, ne sont pas susceptibles d'entrer dans le domaine des particuliers, aux termes des articles 538 et suivants (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété,* etc., t. I, nos 457 et suiv.).

331. — C'est ainsi encore que, en vertu de lois spéciales, dictées par des considérations d'intérêt public, certaines choses, qui, par leur nature, ne seraient pas hors du commerce, ne peuvent pas être néanmoins l'objet de conventions entre particuliers.

Telles sont : les substances vénéneuses (loi du 19 juillet 1845; décret du 8 juillet 1850);—les armes prohibées (déclaration du 23 mars 1728; décret du 12 mars 1806; art. 314 Cod. pénal; ordonn. du 23 févr. 1837); — les armes et munitions de guerre et de poudre à tirer (loi du 24 mai 1834); — les boissons falsifiées contenant des mixtions nuisibles à la santé (art. 318 Cod. pénal); — les livres ou des gravures obscènes, etc., etc.

332. — Tels sont également les grains en vert et pendants par racines, dont la loi des 6 et 22 messidor an III, renouvelant d'anciennes Ordonnances, a prohibé, dans certains cas, la vente, à peine de confiscation.

Nous citons, à part, cette prohibition spéciale, non-seulement à raison de l'importance qu'elle peut avoir, mais aussi parce qu'elle est devenue le sujet d'une double controverse.

1° C'est, en effet, d'abord, l'existence même de cette loi qui a été contestée; et on a soutenu qu'elle est aujourd'hui abrogée;

2° On a mis en question l'étendue de son application, et si elle comprend toutes les ventes, sans distinction, de grains en vert.

Sur le premier point, nous n'hésitons pas à répondre que la loi des 6 et 22 messidor an III est encore en vigueur.

C'est en vain que l'on objecte qu'elle aurait été abrogée *soit par le Code civil, qui ne renferme aucune prohibition de cette espèce, soit par le Code pénal, qui ne qualifie pas ce délit et ne prononce conséquemment aucune peine....* (Agen, 2 août 1830, Martres, D., 1832, II, 156.)

Il est facile de répondre que la loi de l'an III n'a été abrogée ni expressément par aucune loi qui en aurait prononcé l'abrogation (on en convient!), ni tacitement, par aucune loi, qui serait incompatible avec son exécution (comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois, etc.*, n° 126); car, si l'article 1598 du Code civil dispose que tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, il excepte précisément les choses *dont des lois particulières ont prohibé l'aliénation;* et l'article 484 du Code pénal dispose de même que : « *dans « toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent « Code, et qui sont réglées par des lois et règlements parti« culiers*, les Cours et les Tribunaux continueront de les « observer. » (Comp. Montpellier, 12 mai 1842, Moulins, Dev., 1842, II, 349; Bourges, 6 janv. 1844, Jarre, Dev., 1845, II, 522; Caen, 11 mai 1846, Oriot, Dev., 1848, II, 42; Cass., 22 mai 1848, Flamand, Dev., 1848, I, 416; Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, p. 489; Toullier, t. III, n° 118; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 223; Duranton, t. XVI, n° 161; Larombière, t. I, art. 1128, n° 25.)

Quant au second point, qui est relatif à l'étendue d'application que cette loi spéciale comporte, il peut paraître plus délicat.

Ce n'est pas qu'il puisse y avoir difficulté, en ce qui concerne les choses mêmes auxquelles la loi s'applique; et par cette dénomination de *grains en vert*, il est certain qu'elle désigne uniquement les blés en vert (loi du 22 messidor an III); d'où il suit qu'elle ne s'applique à aucune des autres productions du sol; c'est ainsi qu'il faut considérer comme abrogés tacitement par elle, les anciens règlements, qui défendaient la vente des pom-

mes avant le 1er octobre aux marchands de cidre en gros, la vente des laines avant la tonte, etc. (comp. Duparc-Poullain, *Principes de Droit*, t. VIII, p. 73; Pothier, *de la Vente*, n° 132).

Nous n'éprouvons pas non plus d'hésitation à décider que la vente des grains en vert serait nulle dans le cas où la loi du 6 messidor la prohibe, lors même qu'elle comprendrait, en outre, d'autres fruits ou productions, dont la vente n'est pas prohibée; car on ne saurait, par un tel moyen, s'y soustraire! (Comp. les arrêts précités.)

Mais voici où la véritable question s'élève; c'est lorsqu'il s'agit de savoir si la loi du 6 messidor an III prohibe toutes les ventes quelconques de grains en vert, ou bien seulement les ventes qui seraient faites à des acheteurs spéculant sur la détresse des cultivateurs et tendant à l'accaparement des grains.

D'après une doctrine, qui paraît être la plus accréditée, la loi de messidor aurait eu pour but d'empêcher *soit les cultivateurs d'escompter, à vil prix, leurs récoltes futures, soit les spéculateurs d'accaparer les substances alimentaires et de créer ainsi une famine factice* (Larombière, t. I, art. 1128, n° 25); d'où l'on conclut que la vente est nulle, lors même qu'elle n'est le résultat d'aucune pensée de spéculation, et quel que soit le motif, légitime ou non, qui a déterminé le vendeur à la consentir (comp. Montpellier, 4 mai 1842; Cass., 12 mai 1848, cités *supra*).

Nous croirions plutôt, en ce qui nous concerne, que ces lois se sont proposé seulement d'empêcher les spéculations, qui auraient pour but l'accaparement des grains, et qu'il appartient, en conséquence, aux magistrats de maintenir celles des ventes, qui n'auraient pas ce but ni ce caractère.

La preuve en résulte, à notre avis :

Soit des motifs qu'exprimaient les anciennes Ordon-

nances, dont la loi de messidor a presque littéralement reproduit les termes, et notamment de la Déclaration du 22 juin 1694;

Soit du texte même de la loi du 22 messidor an III, qui, modifiant la trop grande généralité de la loi du 6 du même mois, excepte de la prohibition, *les ventes de grains en vert et pendants par racines, qui auraient lieu par suite de tutelle, curatelle, changement de fermier, saisie de fruits, baux judiciaires*, ET AUTRES DE CETTE NATURE; c'est-à-dire, et autres ventes justifiées par des considérations légitimes et qui se trouveraient en dehors du motif d'ordre public, qui a fait édicter la prohibition;

Soit enfin de la raison elle-même et aussi de l'utilité générale; comment, en effet, pourrait-on comprendre que la même loi, qui permet à un créancier de pratiquer une saisie-brandon sur des grains en vert, ne permît pas au cultivateur de prévenir les inconvénients et les frais de cette saisie, en vendant ces grains soit à son créancier lui-même, soit à un tiers, de l'agrément de son créancier! Est-ce que, d'ailleurs, il n'arrive pas souvent que le propriétaire, qui ne cultive pas de ses propres mains, aime mieux vendre ses levées sur pied que de se charger de tous les embarras de leur aménagement! Ajoutons enfin que si la loi avait voulu protéger le cultivateur contre lui-même, et l'empêcher d'escompter d'avance le prix de sa récolte, on ne voit pas pourquoi elle aurait restreint sa prohibition aux seuls grains en vert, sans l'appliquer aux autres fruits!

Nous concluons donc que la loi des 6 et 22 messidor an III, inspirée seulement par un motif d'ordre public, ne s'applique qu'aux ventes qui sont faites dans un but d'accaparement; il se peut bien que ce motif n'ait plus aujourd'hui, par suite du revirement des doctrines économiques, la même valeur, à beaucoup près, qu'il pouvait avoir dans la pensée du législateur de l'an III; mais nous n'en tenons pas moins que ce motif

est toujours le seul sur lequel cette loi repose encore (comp. Caen, 12 mai 1846, Oriot, Dev., 1848, II, 42; Rouen, 9 janv. 1857, *Jurisprud. des Cours de Caen et de Rouen*, t. XXI, II, 120; Caen, 28 août 1860, même Recueil, I, 290).

333. — Aux termes de l'article 1780 :

« On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour « une entreprise déterminée. »

C'est qu'un contrat qui aurait pour objet les services d'une personne pour toute la durée de sa vie, aurait, en réalité, pour objet la liberté même de cette personne!... *per quam jus libertatis infringitur*, pour emprunter le beau langage de Papinien. (L. 71, § 2, ff. *de Cond. et Demonstrat.*; comp. Despeisses, *du Louage*, sect. II, n° 6.)

Tel était aussi l'article 15 de la Déclaration des droits en tête de la Constitution du 5 fructidor an III.

« Tout homme peut engager son temps et ses services ; « mais il ne peut se vendre ou être vendu; sa personne « n'est pas une propriété aliénable. »

333 *bis*. — Faut-il conclure de ce principe, qu'une personne ne puisse pas prendre, envers une autre, l'obligation de ne point exercer une certaine industrie, et qu'un tel contrat aurait un objet illicite?

Oui, s'il résultait de ce contrat l'interdiction, générale et absolue, pour l'une des parties, d'exercer son industrie, en aucun temps et aucun lieu;

Non, s'il n'en résultait qu'une interdiction soit temporaire seulement, pour tous les lieux, soit même perpétuelle, mais pour un certain lieu seulement.

Telle est la distinction fort juridique, suivant nous, qui paraît avoir été consacrée par la jurisprudence, et que nous nous bornons à indiquer, pour y revenir, plus tard, sur l'article 1780 (comp. Cass., 19 déc. 1860, Dreville, Dev., 1861, I, 504; Cass., 24 janv. 1866, Martinet, Dev., 1866, I, 43).

334. — Il n'est pas, d'ailleurs, nécessaire, pour qu'une

chose ne puisse pas être l'objet d'un contrat, qu'il existe, en ce qui la concerne, un texte de loi spécial.

Il suffit que la chose soit contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (comp. *supra,* n° 323).

Aucun texte, par exemple, ne déclare qu'une entreprise de succès dramatiques ne peut pas être l'objet d'un contrat.

Et, pourtant, comment soutenir la validité d'un contrat, dont l'objet est une industrie, qui consiste à enrôler des escouades de.... spectateurs gagés tout exprès pour applaudir les acteurs et les pièces, envers et contre tout, et quand même, en opprimant grossièrement la manifestation du vrai sentiment public! (Comp. Cass., 17 mai 1841, Cochet, Dev., 1841, I, 623; Paris, 8 août 1853, Desnoyers, Dev., 1853, II, 499.)

335. — Faut-il en dire autant des contrats, qui interviennent avec les entreprises connues sous le nom *d'agences matrimoniales?*

En d'autres termes, le contrat par lequel un salaire a été promis à l'entremetteur, qui ferait réussir un mariage, a-t-il un objet licite?

L'affirmative a été soutenue avec beaucoup de force; et peut-être, en effet, à première vue, n'aperçoit-on pas comment l'objet d'un tel contrat serait contraire à l'ordre public; si on regarde le but qu'il se propose, quoi de plus honnête, puisque c'est le lien même du mariage! et quant au fait promis par l'entremetteur, en quoi donc les démarches, qu'il fera dans ce but, ses voyages, les renseignements qu'il fournira, etc., pourront-ils avoir un caractère illicite! Est-ce que la plupart des mariages ne se préparent pas ainsi, plus ou moins, par les soins de tiers entremetteurs, dont l'iutervention est même le plus souvent, en de telles circonstances, indispensable! (Comp. Domat, *Lois civiles,* liv. I, *des Proxenètes;* Consultation délibérée par MM. Delangle, Berryer, Marie, Paillard, de Villeneuve, Duvergier, Léon Duval, de Vatisménil,

Odilon Barrot, D., 1853, II, 211; Dev., 1853, II, 653; le *Droit* du 18 janv. 1853.)

Ces arguments sont sérieux sans doute; et nous les considérons même comme exacts; mais il est facile de reconnaître qu'ils ne tranchent pas la question que nous venons de proposer, et qui est la seule sur laquelle la controverse puisse s'élever.

Il ne s'agit pas, en effet, de savoir si un tiers peut accepter le mandat de faire, dans l'intérêt d'une personne ou de sa famille, les démarches nécessaires en vue d'un mariage projeté ou désiré; l'affirmative est évidente; c'est là certainement un mandat licite, qui peut même, comme tout autre mandat, n'être pas gratuit; car il n'y a pas de motif pour que ce mandataire ne reçoive pas très-légitimement non-seulement le remboursement de ses dépenses, mais encore une indemnité à raison du temps et des soins qu'il aura donnés à l'exécution de son mandat. Oui! sans doute, un tel contrat est valable, si, en effet, il s'agit d'un vrai mandataire, qui se borne à interposer loyalement ses bons offices dans une négociation matrimoniale, et dont les droits et les obligations doivent demeurer les mêmes, soit que cette négociation réussisse, soit qu'elle échoue.

Mais tel n'est pas le mandataire, dont nous nous occupons; celui que nous voulons mettre en scène, c'est l'entremetteur matrimonial de profession, le *proxenète*, qui promet, à forfait, de faire réussir un mariage, sous cette condition qu'il n'aura droit qu'à un salaire minime, ou même qu'il n'aura droit à aucun salaire, si le mariage manque, et qu'il aura droit à une prime, si le mariage réussit!

Eh bien! c'est d'un tel contrat, que nous n'hésitons pas à dire qu'il a pour objet un fait contraire à l'ordre public; se figure-t-on bien ce mandataire, réclamant du mari, son mandant, après le mariage célébré, la remise proportionnelle de 5 ou de 6 pour 100, que celui-ci lui

aurait promise sur la dot de sa femme, en cas de succès! Pourrait-on imaginer rien de plus scandaleux que ce pacte *de quota.... dotis!* Et qui ne voit que, pour obtenir cette remise ou toute autre somme fixée d'avance à forfait, le proxenète traitera cette négotiation si délicate, où le bonheur des futurs époux, et de leur famille, et où l'intérêt social lui-même sont si sérieusement engagés, qu'il la traitera, disons-nous, comme un vrai *marché*, sans aucune autre préoccupation que celle de l'intérêt d'argent qu'elle a pour lui !

C'est une démonstration qui a été fournie, de la manière la plus complète, par M. le conseiller Laborie, à l'audience de la Cour de cassation du 1er mai 1865; et nous ne pourrions rien ajouter, après le rapport si remarquable dans lequel l'éminent magistrat a réuni tous les éléments historiques et juridiques, qui se rattachent à cette question (comp. Paris, 9 mars 1853, Froubert, Dev., 1851, II, 653; Cass., 1er mai 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 337; Paris, 3 févr. 1859, Gazélius, Dev., 1859, II, 293; Paris, 8 févr. 1862, Fourtie, Dev., 1862, II, 377; Caen, 31 avril 1866, Belin, Dev. 1867-2-56; Merlin, *Répert.*, v° *Proxenète;* Ferrière, *Dict.*, *eod. verbo;* le *Droit* du 20 janv. 1854; Dalloz, *Répert.*, v° *Agent d'affaires*, n° 18).

335 *bis.* — L'assurance, qui a pour objet de garantir un propriétaire ou un entrepreneur de voitures, de la responsabilité civile des accidents, que ses voitures peuvent occasionner, est-elle illicite?

Le tribunal de commerce de Paris avait jugé affirmativement; et il fallait que sa conviction fût, à cet égard, bien ferme; c'était, en effet, d'office qu'il avait suppléé ce moyen de nullité, qui n'était, dans la cause, proposé par aucune des parties.

Mais ce jugement a été réformé par la Cour de Paris, et très-justement, suivant nous; car on n'aperçoit pas ce qu'il y a de contraire à l'ordre public dans une convention

dont l'unique objet est de garantir un entrepreneur de voitures, sans aucun bénéfice pour lui, et les amendes en étant, bien entendu, exceptées, de le garantir, disons-nous, des réparations civiles, dont il pourrait être responsable; Philippe Dupin disait, avec beaucoup de raison, dans cette affaire, que *l'immoralité* qu'on lui reproche, n'est qu'un écho lointain des vieilles attaques dirigées jadis contre les assurances de toute nature, mais depuis longtemps combattues par les esprits éclairés des jurisconsultes et des économistes, réfutées par les faits, et proscrites par la sagesse des tribunaux! (Comp. Paris, 1er juillet 1845, la Compagnie *l'Automédon*, Dev., 1845, II, 465).

335 *ter*. — Faut-il considérer comme ayant un objet illicite, le contrat, par lequel une personne, agent d'affaires ou autre, promet à une autre personne de lui révéler une succession, qui lui est échue, et d'entreprendre, s'il y a lieu, les démarches nécessaires pour faire reconnaître sa vocation héréditaire, en stipulant, pour prix de sa révélation et de ses démarches, soit une somme déterminée à forfait, soit une part aliquote de la succession elle-même, comme le quart ou le tiers?

C'est une question, qui s'est élevée plusieurs fois, dans ces derniers temps; et on pourrait dire qu'elle est, en quelque sorte, à l'ordre du jour.

« Le développement de la civilisation, dit M. Thiroux, « fait souvent naître des industries étranges, que les « circonstances façonnent peu à peu, et qui tout à « coup se révèlent au public étonné, avant qu'il ait eu « la pensée d'en deviner la possibilité et d'en supposer « l'existence. Telle est l'industrie mystérieuse et encore « innommée des *chercheurs de successions*.... Dans les « grands centres de population et particulièrement à « Paris, on voit de véritables établissements à l'usage de « cette industrie nouvelle.... » (*Revue pratique de Droit français*, 1867, t. XXIII, p. 357.)

Il faut ajouter qu'une autre industrie, très-semblable à celle-là, et qui a pris aussi, de nos jours, beaucoup de développements, consiste à révéler des droits ou des prétentions quelconques à ceux auxquels ils appartiennent et qui les ignorent, et à se charger d'en poursuivre le succès extrajudiciairement ou même judiciairement; nous avons vu l'exemple de plusieurs procès, qui avaient cette origine, et dont l'un même, qui soulevait une question de substitution sur des intérêts d'une importance considérable, a fini par réussir!

Eh bien! donc, ces sortes de traités sont-ils valables?

Nous allons répondre spécialement sur le contrat, qui a pour objet la révélation d'une succession; et il est entendu que ce que nous en dirons, sera également applicable aux autres contrats semblables.

Or, notre avis est qu'il faut admettre la validité du contrat par lequel une personne s'engage à révéler à une autre une succession qui lui est échue et à faire reconnaître son droit héréditaire, en stipulant soit une somme déterminée, soit même une portion aliquote de la succession.

Qu'y a-t-il, en effet, d'illicite dans la promesse de cette révélation, par laquelle l'une des parties va rendre à l'autre partie un service, en lui faisant obtenir des biens qu'elle n'aurait peut-être jamais obtenus sans cela? et dès lors, où est l'obstacle à ce que ce service soit l'objet d'une rémunération ou d'un prix?

Nous ne l'apercevons pas.

Cette doctrine pourtant a soulevé de graves dissidences, et voici en quels termes l'un des avocats les plus distingués du barreau de la Cour de cassation, notre ami et ancien disciple, Me Groualle, s'en rendait l'interprète, à l'audience du 7 mai 1866 :

« La morale et l'ordre public veulent que les succes-
« sions adviennent aux héritiers naturels; lors donc
« qu'un tiers, lors surtout qu'un agent d'affaires, sous

« prétexte de révélation d'une succession, de soins à don-
« ner au recouvrement des valeurs qui en dépendent,
« vient enlever à ces derniers une partie notable de l'avoir
« de leur parent, il y a, ou tout au moins il peut y avoir,
« de la part de cet agent d'affaires, un abus qui doit
« éveiller l'attention des magistrats. Il est impossible, en
« effet, de méconnaître que, dans les contrats de ce genre,
« qui interviennent entre les agents d'affaires et les par-
« ticuliers, la situation des parties n'est pas égale; d'un
« côté, l'agent d'affaires, avec toute son expérience et
« parfois toute sa ruse, venant faire miroiter, aux yeux
« de clients inhabiles à surveiller leurs intérêts et obligés
« d'ajouter foi à ses paroles, un secret, dont il ne man-
« quera pas d'exagérer l'importance; de l'autre, des
« gens sans expérience des affaires, sans instruction,
« quelquefois des femmes, qui, comme dans l'espèce, ne
« savent pas même signer leur nom, et que l'on place
« dans cette alternative ou de se soumettre aux condi-
« tions que leur impose celui qui s'offre d'être leur man-
« dataire, ou de perdre toutes les chances d'avoir la
« moindre parcelle d'une fortune, qui leur appartient
« d'après la loi, mais qu'elles ne peuvent saisir sans le
« bon plaisir de l'agent d'affaires, qui les tient sous sa do-
« mination. Vouloir appliquer, en pareille occurrence, les
« règles ordinaires des contrats, c'est assurer l'impunité
« à la ruse; c'est sacrifier le faible à des hommes qui
« pourraient être disposés à aller jusqu'à la limite ex-
« trême de ce que la loi n'a pas défendu. Les tribu-
« naux ont compris le danger; ils ont senti que, en pareille
« matière, il fallait qu'ils exerçassent, dans l'intérêt pu-
« blic, dans celui des familles, un contrôle sévère, et
« qu'ils soumissent à une révision pour ainsi dire discré-
« tionnaire, les indemnités souvent exorbitantes, que les
« agents d'affaires se seraient fait allouer par des traités
« pour la rédaction desquels ils auraient su conserver

« toutes les formes et toutes les apparences les plus sa-
« tisfaisantes. » (Dev., 1866, I, 276.)

On ne saurait mieux dire dans l'intérêt de ce système ; et nous ne voulons pas méconnaître ce qu'il peut y avoir de sérieux dans quelques-unes de ces objections.

Mais on n'en doit pas moins, à notre avis, tenir pour certain qu'il est inadmissible.

Nous remarquerons d'abord que ce système lui-même reconnaît la validité du contrat ; et nous en prenons acte !

Ce qu'il veut seulement, c'est de le soumettre *à une révision discrétionnaire,* en vertu de laquelle les magistrats auraient le pouvoir de réduire les indemnités qui auraient été stipulées par le révélateur et que l'autre partie se serait obligée à lui payer.

Mais il est manifeste qu'un pareil pouvoir ne saurait être attribué aux magistrats ; et nous croyons l'avoir déjà démontré (*supra*, n° 202).

Dès que le contrat est valable, il fait la loi des parties ; et cette loi est inviolable, à moins que vous n'en demandiez la nullité pour une des causes que la loi elle-même a admises (art. 1134).

Est-ce le dol, que vous invoquez ?

Prouvez donc le dol ! et vous pourrez obtenir, suivant les cas, soit la nullité du contrat, si le dol a été *principal, dans causam contractui,* soit des dommages-intérêts, si le dol a été *incident, incidens in contractum* (*supra*, n° 180).

Mais, précisément, ce n'est pas le dol, que vous invoquez ; et tout en dénonçant *ces hommes qui pourraient être disposés à aller jusqu'à la limite extrême de ce que la loi n'a pas expressément défendu*, vous reconnaissez qu'ils n'ont pas dépassé cette limite !

C'est-à-dire que le moyen qui est invoqué contre le contrat, n'est autre que *la lésion ;* or, nous avons démontré que la lésion n'est pas une cause de rescision des conventions si ce n'est dans des cas exceptionnels auxquels celui-

ci n'appartient pas (comp. *supra*, n° 195; Cass., 7 mai 1866, Aubert; et 9 mai 1866, Darrieux, Dev., 1866, I, 273-276; Boulanger, *Observations, h. l.*; Tribunal civ. de la Seine, 2 août 1867; Thiroux, *Des chercheurs de successions*, Revue pratique de Droit français, 1867, *loc. supra cit.*).

336. — D'après l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, un certain nombre d'officiers ministériels, tels que les greffiers, huissiers, avoués, notaires, etc., ont été autorisés à présenter leurs successeurs à l'agrément du chef de l'État; d'où il résulte que cette loi leur a donné *le droit de stipuler un prix pour la cession, qu'ils veulent faire de leurs offices*.

Et quant à eux, il ne saurait s'élever, en effet, aucune difficulté sur ce point (comp. Cass., 28 fév. 1828, Chenot, D., 1828, I, 151; Cass., 16 févr. 1831, Benardeau, D., 1831, I, 54; Rapport de M. Sapey, à la Chambre des députés, *Moniteur* du 10 sept. 1830, et D., 1831, III, 14-15.

337. — Mais on a mis en question si les autres fonctionnaires publics, auxquels ce droit de présentation n'a été conféré par aucune loi, ne peuvent pas néanmoins aussi traiter de leur démission.

Voici, par exemple, un percepteur des contributions, qui résigne sa place par un contrat passé entre lui et un tiers, sous la condition, par celui-ci qui est prétendant à cette place, de lui payer un capital ou de lui servir une rente viagère.

Un tel contrat est-il valable? a-t-il un objet licite?

L'affirmative a des partisans dans la doctrine; et elle a même été admise d'abord par la jurisprudence :

« *Attendu*, disait la Cour de cassation, dans son arrêt du 2 mars 1825, *que l'avantage d'une démission a pu devenir la matière d'un engagement....* » (Corbin, D., 1825, I, 150).

Et la Cour de Grenoble disait de même, dans son arrêt du 3 juillet 1825 :

« *Attendu qu'aucune loi n'interdit à un fonctionnaire la faculté de se démettre de l'emploi qui lui est confié; qu'il ne lui est pas défendu non plus de recevoir, en pareil cas, une indemnité d'un ou de plusieurs postulants, auxquels sa retraite laisse le champ libre....* » (Prial, D., 1826, II, 52; comp. Amiens, 18 janv. 1820; et 16 juin 1822, Sirey, 1825, II, 73; Bordeaux, 5 déc. 1845, Duprou, Dev., 1846, II, 328; Delvincourt, t. II, p. 688; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. III, n° 465.)

Mais cette doctrine n'a pas duré; et il était bien impossible, en effet, qu'elle durât! car elle viole ouvertement les principes essentiels du droit public et du droit privé :

1° Que les fonctions publiques elles-mêmes ne puissent pas être l'objet d'un contrat, d'une vente, ni d'une cession, cela est d'évidence depuis les lois des 4 août 1789 et 6 octobre 1791, qui ont aboli la vénalité des offices; ces fonctions sont une dépendance de la souveraineté; et la souveraineté n'est point apparemment dans le commerce; cela est, disons-nous, d'évidence, et on le reconnaît.

Mais on objecte que ce n'est pas la fonction publique qui est, en cas pareil, l'objet du contrat par lequel le titulaire s'en démet; l'objet du contrat, c'est uniquement, dit-on, sa démission elle-même; c'est son fait personnel à lui, le fait par lequel il promet de se retirer et de rendre ainsi la place vacante.

Eh, sans doute!

Mais un fait, comme une chose ou une abstention, ne peut être l'objet d'un contrat qu'autant qu'il est licite (*supra*, n° 302; comp. Pothier, n° 137).

Or, ce que nous soutenons, c'est que ce fait-là est profondément illicite; et il suffirait, pour le prouver, de mesurer les conséquences ou plutôt les ravages qu'il produirait dans le corps social, s'il y était une fois admis.

Où serait alors, en effet, l'obstacle à ce que de pareils marchés s'étendissent à toutes les fonctions, même les

plus élevées de l'État, aux fonctions politiques comme aux fonctions administratives ou judiciaires ! et s'il était vrai que l'on pût légitimement acheter la démission d'un percepteur des contributions, pourquoi ne pourrait-on pas acheter aussi légitimement la démission d'un premier président, d'un préfet, d'un député au Corps législatif ou d'un ministre! on serait tout aussi bien fondé à dire qu'ils n'ont promis qu'un fait à eux personnel, et qu'ils se bornent, en se retirant, *à laisser le champ libre aux prétendants!*

Et, de proche en proche, nous en viendrions à dire que l'on peut acheter, à beaux deniers comptants, la retraite non pas seulement de nos fonctionnaires publics de tous les ordres, mais aussi, dans nos élections politiques, de tous les candidats, qui consentiraient à se démettre de leurs prétentions, pour *laisser aussi le champ libre* à leurs compétiteurs !

Ceci est révoltant; et nul certes ne voudrait entreprendre de soutenir une thèse pareille!

Eh bien! pourtant, cette thèse est tout à fait la nôtre; et si l'argument de la doctrine, que nous combattons, est intolérable dans ces dernières applications, il ne l'est pas moins dans les autres!

2° Non ! le fonctionnaire public n'a pas le droit de mettre un prix à sa démission; la fonction qu'il a reçue de l'État, c'est à l'État qu'il doit la rendre, s'il ne veut pas la garder ; et il doit la rendre à l'État directement, loyalement, sans se lier, envers qui que ce soit, par un pacte secret!

Nous disons : par un pacte secret; car ce n'est jamais que dans l'ombre que ces sortes de négociations se traitent; et on n'oserait pas les produire au grand jour! Que penserait-on d'un fonctionnaire public qui offrirait, par la voie des journaux, sa démission moyennant tel prix; c'est sa destitution qu'il recevrait certainement sur l'heure; aussi, se cache-t-on pour accomplir ces traités; on se cache, donc on fait mal!

C'est que, en effet, il n'y a pas de différence entre la *vente des offices ministériels* autorisée par la loi du 28 avril 1816 et cette *vente de démission*, comme on la nomme, appliquée aux fonctions publiques.

Quand un notaire présente son successeur au chef de l'État, est-ce que c'est *l'office ministériel* lui-même, qui est l'objet du contrat? non sans doute; et le contrat n'a vraiment pour objet que la démission du titulaire; or, la convention, par laquelle un officier public peut traiter de sa démission, n'est autorisée exceptionnellement que pour un petit nombre de fonctions déterminées; donc, pour toutes les autres fonctions, cette convention est illicite!

Telle a été, de tout temps, la règle très-ferme du droit canonique, relativement aux offices ecclésiastiques; les plus autorisés, en effet, parmi les canonistes, rangeaient au nombre des cas *simoniaques* le fait de celui, qui étant pourvu d'un bénéfice, le résignait à prix d'argent en faveur de celui qui aspirait à l'obtenir (comp. Durand de Mallane, v° *Simonie*, p. 320; d'Héricourt, t. I, c. 87).

L'ancien droit civil français avait aussi consacré cette règle, du moins pendant la période de notre histoire où la vénalité des offices n'était pas admise; et on y tenait que le principe de la non-vénalité avait pour conséquence nécessaire la nullité de toute convention par laquelle les titulaires auraient traité de leur démission avec les aspirants. C'est ce qui résulte de l'Ordonnance de Charles VI, du 7 janvier 1407, dont l'article 33 *fait défense aux officiers* DE TIRER AUCUN PROFIT DE LA RÉSIGNATION DE LEURS OFFICES (comp. Ordonnance de Charles VII de 1450, art. 54; de Charles VIII, de 1493, art. 68; Édit. de Henri III, de 1579, art. 100).

Or, ce principe essentiel de la non-vénalité des charges publiques, qui fut, il est vrai, bien obscurci pendant plusieurs siècles, a été restauré, dans nos temps modernes, avec toute l'autorité qui doit lui appartenir;

Et il doit avoir aujourd'hui, comme il avait autrefois, pour conséquence la nullité de tous les traités par lesquels les titulaires prétendraient, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, trafiquer de leurs emplois!

3° Quoi de plus contraire, en effet, qu'un pareil trafic à notre droit constitutionnel et aux intérêts les plus élevés de la société; il fausse, il pervertit ce grand principe d'égalité, en vertu duquel tous les Français sont admissibles aux emplois publics; et en même temps qu'il peut priver l'État de serviteurs intelligents, il ouvre, par l'appât de l'intérêt pécuniaire, la lice à toutes les intrigues, et met, pour ainsi dire, les emplois publics aux enchères, pour devenir le lot, non pas du plus capable, mais du plus offrant!

Qui ne voit, d'ailleurs, aussi les dangers d'un autre ordre que de pareilles pratiques peuvent engendrer! et ne doit-on pas sérieusement craindre que cet *acheteur*, auquel la fonction publique a coûté un prix trop élevé pour ses propres ressources, ne se trouve placé sur une pente funeste et entraîné à des prévarications; danger contre lequel précisément le législateur de 1816 a voulu préserver la société, en soumettant au contrôle du Gouvernement les cessions d'offices ministériels, qu'il a autorisées, mais qui serait ici bien plus redoutable encore, par cela même qu'il serait destitué de cette garantie!

Concluons donc que de pareils contrats sont nuls comme portant sur un objet illicite; et cette conclusion, il faut la maintenir carrément, lors même que les circonstances particulières du fait ne sembleraient pas peut-être mériter aussi énergiquement la même réprobation!

Mais pourtant si c'est un père qui se démet de sa fonction en faveur de son fils ou de son gendre? est-ce qu'il ne pourra pas stipuler de lui une rente viagère? est-ce qu'il ne pourra pas l'obliger au rapport d'une certaine

somme dans sa succession au profit de ses autres enfants ?

Ou bien encore, voilà un fonctionnaire que sa santé oblige de résigner sa place avant l'âge où il aurait droit à une pension de retraite; et ses ressources personnelles vont être insuffisantes pour le faire vivre; est-ce qu'il ne pourra pas stipuler que son successeur lui servira une modique pension viagère?

Non, répondrons-nous; c'est précisément dans ces hypothèses, où le principe pourrait être le plus ébranlé, qu'il importe le plus de l'affermir!

Non, la démission d'un fonctionnaire public ne peut pas plus être l'objet d'une constitution de dot que de tout autre contrat; et nous tenons même particulièrement à l'annuler dans ces cas, afin de pouvoir l'annuler, comme cela est indispensable, dans tous les autres! (Comp. Paris, 23 avril 1814, Sirey, 1815, II, 238; Paris, 8 nov. 1825, Sirey, 1826, II, 225; Nancy, 12 nov. 1829, Sirey, 1830, II, 187; Paris, 18 nov. 1837, Duguet, Dev., 1838, II, 65; Rennes, 13 juill. 1840, N..., Dev., 1840, II, 414; Montpellier, 17 déc. 1849, Bergon, Dev., 1850, II, 216; Toullier, t. III, n° 161; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 220; Duvergier, *Revue étrangère et française de Législation*, 1840, t. III, p. 568; Coulon, *Quest. de Droit*, t. III, p. 563; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 215; Larombière, t. I, art. 1128, n° 19.)

338. — De ce principe, il faut aussi conclure qne ceux-là mêmes des offices ministériels pour lesquels la loi du 28 avril 1816 accorde le droit de présentation, ne peuvent être l'objet d'aucune convention privée, en dehors de l'exercice de ce droit.

Et voilà pourquoi on doit, à notre avis, déclarer nulle la convention de société, que le titulaire d'un de ces offices, un notaire, un avoué, ou tout autre, aurait formée avec une ou plusieurs personnes pour l'exploitation de son office.

Il est, toutefois, nécessaire aujourd'hui de mettre dans une classe à part, les agents de change près les bourses pourvues d'un parquet. (Loi du 2 juillet 1862.)

La solution contraire compte, il est vrai, des partisans; et elle a été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris; elle semble même s'accréditer dans nos mœurs, qui se montrent, en ce point comme en tant d'autres, tolérantes jusqu'à la faiblesse, si ce n'est jusqu'à une sorte d'indifférence sceptique! (Paris, 15 juin 1850, Delagrange, Dev., 1850, II, 433; Mollot, *des Bourses de commerce*, n° 284; Dard, *Code des officiers ministériels*, p. 328 et suiv.; Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés commerciales*, p. 5.)

Mais, pourtant, la doctrine et la jurisprudence ont refusé de l'admettre.

Et c'est très-justement, suivant nous!

Où donc, en effet, pourrait être l'objet licite d'un tel contrat de société?

L'office lui-même? non sans doute.

Et les produits? pas davantage! car les produits ne pourraient être considérés que comme les résultats éventuels et les bénéfices de la société, et non pas comme son objet.

Est-ce que, d'ailleurs, un contrat pareil n'est pas une atteinte flagrante, nous ne dirons pas seulement à la dignité de la fonction, mais encore à la liberté et à l'indépendance que doit essentiellement garder le fonctionnaire dans sa charge! et peut-on bien tolérer cette intervention des tiers, venant lui demander compte, en vertu d'un pacte social, de la manière dont il l'a gérée!

Ces considérations nous paraissent toujours vraies, même depuis la loi que nous venons de citer, du 2 juillet 1862.

Oh! sans doute, rien ne s'oppose à ce qu'un officier ministériel s'oblige envers un collaborateur, un clerc, un commis, à le rémunérer, au moyen de l'abandon d'une

certaine partie des produits de sa charge (comp. Cass., 13 janvier 1835, Dev., 1835, I, 17; Riom, 22 juill. 1842, Meyre, Dev., 1842, II, 476.)

Mais, précisément, ce collaborateur ne sera pas un associé; il sera toujours un clerc, un commis, un employé; car c'est un point constant, aujourd'hui, que ce mode de rémunération ne change pas son titre, et que le *maître* n'en peut pas moins le congédier, quand bon lui semble; donc, il n'y a là, de la part du maître, et dans notre hypothèse, de la part du titulaire de l'office, nulle atteinte à sa dignité ni à sa liberté! (Comp. Paris, 2 janv. 1838, de Boullenois, Dev., 1838, II, 83; Nantes, 9 mai 1839, Dev., 1839, II, 434; Rennes, 29 déc. 1839, Dev., 1840, II, 81; Rennes, 28 avril 1841, Dev., 1841, II, 494; Paris, 17 juill. 1843, Dev., 1843, II, 369; Cass., 18 févr. 1851, Dev., 1851, I, 327; Cass., 15 déc. 1851, Mége, Dev., 1852, I, 22; Rennes, 9 avril 1851, Hignard, Dev., 1852, II, 261; Cass., 9 févr. 1852, L..., Dev., 1852, I, 190; Lyon, 28 févr 1853, Couvert, Dev., 1853, II, 383; Paris, 4 févr. 1854, Montaud, Dev., 1854, II, 148; Duvergier, *Des Sociétés*, n°s 59 et suiv.; Devilleneuve, *Observations*, 1850, II, 433; Troplong, *Du Contrat de société*, t. I, n°s 89 et suiv.; Delangle, *Des Sociétés*, t. I, n°s 108 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 215; Larombière, t. I, art. 1128, n° 18.)

339. — On a décidé qu'il faut considérer comme valable le contrat, par lequel le titulaire d'un bureau de tabac, géré par un tiers, s'engage à présenter à l'agrément de l'Administration le successeur, que celui-ci pourra lui désigner (Paris, 6 mars, 1845, Delaon, Dev., 1845, II, 225);

Décision qui paraît, en effet, juridique, puisque l'Administration admet la gérance de ces bureaux par un tiers; et qu'elle accorde au titulaire le droit de présentation.

340. — C'est ainsi qu'un brevet d'imprimeur peut être l'objet d'un contrat, en ce sens que le breveté peut

s'engager, envers un tiers, à donner sa démission, sous la réserve du droit de l'autorité publique, et à la condition que le cessionnaire obtiendra son agrément.

C'est que, en effet, les imprimeurs ne sont pas des fonctionnaires publics; ils sont les entrepreneurs d'une industrie, qui, par des considérations d'ordre public, se trouve soumise à la surveillance du gouvernement, mais qui n'en constitue pas moins une industrie proprement dite; et voilà comment, presque toujours, ces sortes de cessions ont pour objet le matériel de l'imprimerie en même temps que le brevet (comp. Poitiers, 27 juin 1832, Dev., 1832, II, 415).

341. — A plus forte raison, la clientèle d'un agréé à un tribunal de commerce peut-elle faire l'objet d'un contrat de cession;

Tout comme la clientèle d'un agent d'affaires!

Car il n'y a, dans cette situation, aucun élément qui émane de la puissance publique!

Et la Cour de cassation a pu dire, fort justement:

« Attendu, en fait, qu'il ne s'agit point *de la transmission d'un office d'agréé, que la loi ne reconnaît pas*, mais bien de la vente de sa pratique ou clientèle;— que ces objets incorporels, dont la valeur est parfaitement appréciable, sont dans le commerce et peuvent être légalement la matière d'un contrat de vente... » (14 déc. 1847, Dieutre, Dev. 1848, I, 98.)

342. — Ce qui est une question plus délicate, c'est de savoir si la clientèle d'un médecin peut être légalement l'objet d'un contrat de cession.

Plusieurs décisions judiciaires ont formellement admis la négative:

« Attendu que la clientèle des médecins dépend de la confiance qu'ils inspirent, et du choix que font d'eux les malades; — et que la confiance ne peut se donner et n'est pas dans le commerce... » (Trib. civ. de la Seine,

25 fév. 1846, Anquetin, Dev., 1846, II, 142; Paris, 29 déc. 1847, Anquetin, Dev., 1848, II, 64.)

D'autres décisions, en évitant de se prononcer nettement, concèdent toutefois que : « ... en droit, on peut soutenir, jusqu'à un certain point, qu'une clientèle de médecin n'est pas une chose qui soit dans le commerce...» (Paris, 29 avril 1865, Deville, Dev., 1865, II, 123.)

Mais, en même temps, chose notable! ces décisions admettent qu'un médecin peut prendre valablement, envers l'un de ses confrères, moyennant une somme d'argent, l'obligation de ne pas exercer la médecine dans un rayon déterminé (comp. Angers, 28 déc. 1848, Bery, Dev., 1849, II, 105; Paris, 6 mars 1851, Dev., 1851, II, 278; Cass., 13 mai 1861, Lombard, Dev., 1861, I, 638; Paris, 29 avril 1865, Deville, cité *supra*).

Nous croyons, pour notre part, que les deux questions se tiennent de si près, qu'elles n'en font, à vrai dire, qu'une seule; aussi la solution de l'une doit-elle, suivant nous, entraîner la solution de l'autre; et nous en trouvons la preuve dans l'arrêt même de la Cour de Paris du 29 avril 1865 :

« Considérant que si, en droit, *on peut soutenir, jusqu'à un certain point, qu'une clientèle de médecin n'est pas une chose qui soit dans le commerce*, c'est parce que cette clientèle, résultat de la confiance toute personnelle accordée au médecin, n'est pas une chose qui soit à sa disposition et qu'il puisse être assuré de transmettre intégralement; — mais considérant que telle n'est pas la portée de la convention intervenue entre les parties;

« *Que Rapatel n'a pris d'autre engagement envers Deville que de le signaler à ses clients comme digne de leur confiance, et de s'abstenir, quant à lui, d'exercer la médecine dans le même lieu, pour ne pas profiter de la confiance acquise et de l'habitude qui porterait naturellement les anciens clients à continuer de s'adresser à lui....* »

Il nous paraît évident que cet arrêt, malgré la pré-

misse où il met d'abord en doute la validité d'un contrat de cession qui a pour objet la clientèle d'un médecin, n'en arrive pas moins à conclure que ce contrat est valable ! Qu'est-ce, en effet, de la part d'un médecin, *que céder sa clientèle*, autre chose que prendre l'engagement *de signaler* (ainsi que dit l'arrêt) *à la confiance de ses clients celui qu'il a choisi lui-même comme lui paraissant réunir les conditions nécessaires pour devenir son successeur...*, en s'interdisant la faculté de continuer à exercer la médecine dans le même lieu !

Aussi, la vraie solution nous paraît-elle être celle, qui admet la volidité de cette cession.

Ce n'est pas que nous la proposions sans quelque scrupule; et nous éprouvons même un vif regret à voir s'établir, dans les professions libérales, dont le principe essentiel devrait être la liberté même! des monopoles par lesquels la route est fermée aux jeunes gens qui, ne pouvant pas faire de sacrifices d'argent, n'ont d'autres moyens de parvenir que leur talent et leur courage !

Mais ce qui nous détermine, c'est que la clientèle d'un médecin constitue un objet appréciable et qui n'est pas, en conséquence, hors du commerce; elle est, disons-nous, appréciable; car les médecins ont une action en justice pour le payement de leurs visites.

« *L'action des médecins, chirurgiens et apothicaires*, *pour* « *leurs visites*, *opérations et médicaments*, dit l'article 2272, « se prescrit par un an. »

Et, dès lors, ces relations acquises, d'où résultent de véritables créances, apparaissent, en effet, avec le caractère d'un bien susceptible d'être transmis par convention.

C'est à ce point de vue que les lois de finances, qui règlent l'exercice de droit de présentation accordé à certains officiers ministériels par la loi du 28 avril 1816, considèrent aussi la clientèle.

Voici comment s'exprime l'article 6 de la loi du

10 juillet 1841, portant fixation du budget des recettes de l'exercice de 1842 :

« A compter de la promulgation de la présente loi, tout « traité ou convention ayant pour objet la transmission, « à titre onéreux ou gratuit, en vertu de l'article 91 de la « loi du 28 avril 1816, d'un office, *de la clientèle*, des « minutes, répertoires, *recouvrements et autres objets en* « *dépendant*, devra être constaté par écrit.... »

Or, nous croyons qu'il en est, sous ce rapport, de la clientèle d'un médecin comme de la clientèle d'un notaire, d'un avoué ou d'un agent de change.

Et nous concluons :

1° Que le médecin peut céder, en effet, sa clientèle, à prix d'argent ;

2° Qu'il peut prendre l'engagement de ne pas exercer la médecine dans le lieu où son cessionnaire lui succédera (comp. le *Droit* du 9 avril 1846, article du docteur Flandrin, qui cite en ce sens un jugement du tribunal de Versailles ; P. Gilbert, *Codes annotés*, art. 1598, n° 14 ; *Journal du notariat*, 1846, article de M. de Villepin).

343. — Mais quoi ! est-ce que la clientèle même d'un avocat près d'un Tribunal civil ou d'une Cour impériale, pourrait être aussi l'objet d'un contrat de cession ?

Oh ! pour celle-là, nous répondons : certainement non !

Car c'est bien de la profession d'avocat qu'il est vrai de dire qu'elle est personnelle, et qu'elle repose sur la confiance des clients ; comment, en effet, serait-il possible d'y trouver un objet appréciable, qui soit susceptible de devenir la matière d'un contrat à prix d'argent !

Aussi, les avocats ne peuvent-ils pas réclamer en justice le payement de leurs honoraires ; et tandis que les articles 2272 et 2273 s'occupent soit de *l'action des médecins*, soit de *l'action des avoués*, *pour le payement de leurs frais et salaires*, aucun texte semblable ne fait nulle part mention des avocats !

Nous savons bien que l'on a jugé qu'une action en justice appartient aux avocats pour le payement de leurs honoraires. Il est vrai! mais il faut ajouter que si tel est le droit strict, ce droit n'est jamais entré dans les mœurs du barreau français, ni ancien, ni moderne; c'est ainsi qu'il était de règle constante, au Parlement de Paris, que tout avocat, qui demandait des honoraires en justice, encourait, *ipso facto*, la radiation du tableau; et Philippe Dupin attestait récemment encore, *qu'il est de police au barreau que celui qui formerait une action contre un client, en payement d'honoraires, serait dans le cas de la radiation.*

C'est ce que professe aussi M. Mollot, dans ses *Règles sur la profession d'avocat*, en ajoutant que *cette vieille tradition constitue l'honneur de notre profession, et que c'est ce qui fait surtout que cette profession ne ressemble à aucune autre!* (t. I, n° 96, p. 113; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Honoraire*, § 1; Philippe Dupin, *Encyclopédie de Droit*, v° *Avocat*, n° 70; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Avocat*, n°s 241 et suiv.).

Remarquons d'ailleurs que ses honoraires, lorsque l'avocat les obtient, ont un caractère particulier qui les distingue profondément de la *merces* et du salaire! c'est une *rémunération* et non un prix! .... *Si remunerandi gratia honor intervenit...*, disait excellemment Ulpien; et on peut voir ces nuances délicates exposées, aussi avec autant de vérité que d'éclat, par M. Troplong, dans la préface de son commentaire du *Titre du Mandat*, et sur l'article 1986.

Il est vrai encore que les avocats sont maintenant sujets à la patente.

Hélas! oui; mais une mesure toute fiscale n'a pas, Dieu merci! dénaturé le caractère de cette noble profession!

Nous venons de reconnaître que la faculté de céder une clientèle, à prix d'argent, implique, comme conséquence, la faculté, pour le cédant, de s'engager à ne plus exercer sa profession, et même à s'éloigner du lieu où il l'exerçait (*supra*, n° 342).

Or, se figure-t-on bien un avocat contractant l'obligation de ne plus prêter le secours de sa parole au client qui viendrait l'invoquer, et de s'éloigner de la ville où il était inscrit sur le tableau !

Ajoutons que de telles pratiques, si contraires à toutes les traditions d'honneur, qui forment le glorieux patrimoine du barreau, seraient aussi, du même coup, la destruction de ce patronage affectueux et paternel, qui ne fait pas moins la joie des anciens que l'encouragement des nouveaux !

SECTION IV.

DE LA CAUSE.

SOMMAIRE.

344. — La quatrième condition, que l'article 1108 déclare essentielle pour la validité d'une convention, c'est *une cause licite dans l'obligation.*

Il nous reste à l'examiner.

Ce sujet n'est pas d'une clarté parfaite ; et, chose remarquable! contrairement à ce qui arrive d'ordinaire, dans le droit privé, comme dans toutes les sciences, l'histoire, loin d'éclairer la théorie, a peut-être elle-même un peu contribué à l'obscurcir (comp. *infra*, n° 354).

Il faut ajouter que ce mot : *cause,* est des plus équivoques et qu'il présente plusieurs acceptions diverses, d'où la confusion peut résulter.

Nous nous occuperons successivement :

I. De la cause, de ses conditions et de son caractère ;

II. Du défaut de cause ; de la cause fausse ; et de la cause illicite.

345. — I. Et d'abord, qu'est-ce que la cause dans les obligations conventionnelles?

La cause, dont le Code Napoléon s'occupe dans les articles 1108 et 1131, c'est celle qui détermine essentiellement la partie à s'obliger, et qui est le but direct et immédiat, que cette partie se propose d'atteindre en s'obligeant ; c'est en un mot, la cause finale de l'obligation elle-même !

La cause, ainsi définie, la cause déterminante et *finale*, doit être soigneusement distinguée :

Soit de la cause *efficiente ;*

Soit de la cause *impulsive.*

On va bientôt reconnaître l'importance de cétte distinction, lorsque, après avoir précisé plus spécialement la cause finale, nous arriverons à préciser ensuite la cause efficiente et la cause impulsive.

346. — La cause finale réside, disons-nous, dans le but immédiat que la partie, qui s'oblige, se propose précisément d'atteindre en s'obligeant.

Telle est la règle.

D'où il suit que, afin de connaître les différentes causes possibles des obligations conventionnelles, il faut rechercher, pour chacune d'elles, quel est le but immédiat que la partie, qui l'a contractée, s'est proposé d'atteindre ; c'est le *pourquoi* qu'il faut savoir, pourquoi l'une des parties a contracté une *obligation* envers l'autre.... *cur promisit !*

Or, la réponse à cette question est évidemmet subordonnée à la nature différente des divers contrats.

C'est ce que nous allons démontrer, en appliquant successivement notre règle aux contrats synallagmatiques ; — aux contrats unilatéraux ; — et aux contrats de bienfaisance.

a. — S'agit-il d'un contrat synallagmatique?

L'obligation de chaque partie a pour cause l'obligation de l'autre.

Pourquoi, en effet, le vendeur s'oblige-t-il à livrer sa chose à l'acheteur? et quel est le but immédiat qu'il se propose d'atteindre, en s'y obligeant?

C'est d'obtenir, en retour, l'obligation de l'acheteur, de lui payer le prix!

Et réciproquement, pourquoi l'acheteur s'oblige-t-il à payer le prix au vendeur? et quel est le but immédiat qu'il se propose d'atteindre, en s'y obligeant?

C'est d'obtenir, en retour, l'obligation du vendeur, de lui livrer la chose (art. 1582); et c'est aussi, en même temps, dans nos principes modernes, l'aquisition immédiate de la propriété de cette chose, lorsqu'il s'agit d'un corps certain (art. 1138).

Que l'on prenne successivement, un à un, tous les contrats synallagmatiques; et l'on trouvera toujours que la cause de l'obligation de l'une des parties, est l'obligation de l'autre, ou plus exactement le fait ou la promesse de l'autre.

Ainsi, dans le louage, dans la société, dans la transaction, dans le contrat d'assurance ou de rente viagère, et dans tous les autres!

347. — De là résultent, en ce qui concerne les contrats synallagmatiques, deux conséquences notables, à savoir:

D'une part, qu'il faut qu'il s'y trouve autant de causes distinctes, qu'il s'y trouve d'obligations distinctes;

Et d'autre part, que la cause de l'obligation se confond avec l'objet de cette obligation.

La première conséquence est évidente; car il ne saurait y avoir une obligation sans cause! et si le contrat produit deux ou trois obligations différentes il faut nécessairement que nous trouvions une cause différente à chacune d'elles.

Nous avons fait déjà la même observation, en ce qui

concerne l'objet dans les contrats synallagmatiques (*supra*, n° 300).

Cette observation n'est pas moins exacte, en ce qui concerne la cause.

Et de même qu'il y faut autant d'objets qu'il y a d'obligations, de même il y faut autant de causes.

C'est ainsi que dans le contrat de vente, qui produit deux obligations, nous trouvons en même temps deux objets; la chose et le prix; — et deux causes : la promesse du vendeur envers l'acheteur, et la promesse de l'acheteur envers le vendeur.

C'est ce qui pourrait expliquer la formule de l'article 1108, qui porte qu'il faut *une cause licite* DANS L'OBLIGATION.

Il ne dit pas : une cause DANS LE CONTRAT.

Il ne dit pas non plus : une cause DE *l'obligation*.

Il dit : une cause DANS *l'obligation*;

Formule empruntée à Pothier, qui écrivait aussi qu'il faut qu'il y ait *une cause* DANS *l'engagement* (n° 16);

Et par laquelle se trouve, en effet, très-bien déterminé ce rôle de la cause, qui est inhérente à l'obligation elle-même, ou plutôt qui en est essentiellement constitutive !

348. — Notre seconde conséquence n'est pas moins certaine.

En effet, puisque, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, il en résulte nécessairement que la cause de l'une porte, par cela même, sur l'objet de l'autre; et réciproquement (comp. Pothier, n° 42).

Dans la vente, par exemple, l'objet de l'obligation du vendeur, c'est la chose; et c'est aussi la chose, c'est-à-dire l'obligation prise par le vendeur de la lui livrer, qui est la cause de l'obligation de l'acheteur; de même que le prix, qui est l'objet de l'obligation de l'acheteur, est, en même temps, la cause de l'obligation du vendeur.

Aussi, lorsqu'il s'agit de savoir, dans ces sortes de contrats, si la cause d'une obligation est licite ou illicite, cette question se confond avec celle de savoir si l'objet de cette obligation est lui-même licite ou illicite.

Ces deux questions, à vrai dire, n'en font qu'une (comp. *infra*, nº 379).

Et voilà ce qui explique comment la plupart des controverses qui peuvent s'élever sur ce point, se rattachent également, soit à l'objet des obligations, soit à leur cause. Car si l'objet est illicite, la cause l'est aussi; et la nullité de l'obligation dérive alors de deux textes : et de l'article 1128, quant à l'objet; et de l'article 1133, quant à la cause.

Nous en avons examiné un grand nombre dans la section relative *à l'objet et à la matière des contrats* (*supra*, nº 333 et suiv.).

D'autres auteurs examinent ces mêmes difficultés dans la section relative *à la cause* et même c'est à la *cause*, que les rattachent presque toutes les décisions judiciaires auxquelles ces difficultés ont donné lieu.

Mais il n'importe! puisque ces deux éléments se confondent, et que la cause devient l'objet, comme l'objet devient la cause;

Avec cette différence seulement que, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'objet même de la convention, on considère, isolément, d'une manière absolue, les prestations fournies ou promises par chacune des parties; tandis que, lorsqu'il s'agit d'apprécier la cause, on considère ces prestations d'une manière relative et comparée, en les opposant l'une à l'autre.

349. — Cette règle est générale; et quelle que soit la combinaison que l'on suppose, on trouvera toujours, si cette combinaison constitue un contrat synallagmatique, que la cause finale de l'obligation de l'une des parties réside dans l'obligation de l'autre, et porte ainsi sur la *chose*, que cette obligation a pour objet.

A ce point de vue, nous pourrions emprunter, dans notre droit, ce passage du jurisconsulte romain, pour définir la cause finale des obligations, dans les contrats synallagmatiques :

« *Do tibi ut des,* disait Paul, — *aut do ut facias; — aut facio ut des; — aut facio ut facias...* » (L. 5, *princip.* ff. *de Præscrip. verb.*)

Toutes les *choses*, enfin, dans le sens le plus large de ce mot, peuvent devenir *des causes* d'obligation dans les contrats synallagmatiques, comme elles peuvent en devenir des objets (comp. *supra*, n° 303.)

Et c'est ainsi encore que la cause d'une obligation nouvelle peut être l'extinction d'une obligation ancienne, comme dans la novation.

350. — *b.* Dans les contrats unilatéraux, la cause de l'obligation contractée par l'une des parties, c'est le fait ou la promesse de l'autre.

Il faut bien prendre garde ici de ne pas confondre, comme dans les contrats synallagmatiques, la cause avec l'objet!

L'objet, c'est *quid debetur;*

La cause, c'est *cur debeatur!*

C'est-à-dire que, si la cause aboutit alors aussi à l'objet, elle y aboutit d'une manière essentiellement relative à la partie envers laquelle l'obligation a été contractée.

Je me suis engagé à vous payer 10 000 fr.

Les 10 000 fr., voilà l'objet; ceci est absolu.

Et la cause?

La cause est nécessairement relative; et si c'est, par exemple, un prêt de cette somme que vous m'avez fait, la cause de mon obligation de vous les rendre, procède de ce que c'est de vous que je les ai reçus! la numération que vous, prêteur, m'avez faite de ces 10 000 francs, à moi emprunteur, voilà la cause de mon obligation.

On voit, par là, combien dans les contrats unilatéraux, l'objet se distingue de la cause.

D'où il suit que l'un, c'est-à-dire l'objet, peut être licite; tandis que l'autre, la cause, serait illlicite.

Et la nullité de l'obligation ne procéderait plus alors de l'article 1128, mais seulement de l'article 1133 (comp. *supra*, n° 348).

351. — Une obligation naturelle peut d'ailleurs servir de cause à une obligation civile (arg. de l'article 1235; comp. Bordeaux, 24 août 1849, Nestier, Dev., 1850, II, 17; Cass., 27 mai 1862, Mont., Dev., 1862, I, 566; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Rente foncière*, § 2; art. 1131, n° 11).

Nous n'hésitons pas à penser aussi que l'obligation civile peut avoir une cause suffisante dans les sentiments d'honneur et de délicatesse, qui porteraient une personne à reconnaître qu'elle est tenue d'une dette envers une autre.

Une telle reconnaissance constituerait, suivant nous, non pas une donation entre-vifs, qu'il faudrait soumettre aux formes solennelles et aux autres conditions que la loi a exigées pour cette espèce d'acte, mais seulement une obligation civile ordinaire, qui devrait être, de tous points, régie par le droit commun des obligations.

Nous avons exposé cette théorie dans notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments* (t. III, n°s 37 et suiv.); et nous ne pouvons que nous y référer.

352. — *c.* Enfin, dans les contrats de bienfaisance, la cause finale, c'est l'intention d'exercer une libéralité ou de rendre un service.

Il n'y en a pas d'autre alors; et il ne saurait y en avoir d'autre; comme dans la donation, le mandat, le cautionnement, la promesse de prêt, etc.

C'est bien là, en effet, le seul but, le but immédiat que la partie, qui fait la prestation ou la promesse, se propose d'atteindre; le bienfait ou le service qu'elle veut conférer à l'autre, et la satisfaction morale qu'elle en retirera (comp. Pothier, n° 42; Bigot-Préameneu, *Exposé des*

motifs, Locré, *Législat. civ.*, t. XIV, p. 77; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 219; Demante et Colmet de Santerre, t. V, nos 46 et 46 *bis*, II; Larombière, t. I, art. 1131, n° 9).

353. — Voilà *la cause finale*, qui est, avons-nous dit, celle que le Code Napoléon a en vue, et la seule qu'il ait en vue, lorsqu'il déclare que l'une des conditions essentielles pour la validité des conventions est une cause licite dans l'obligation (comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation* nos 388 et 429).

Cette première acception du mot : *cause*, était aussi reconnue en droit romain; et, il eût été bien impossible, en effet, qu'elle n'y fût pas reconnue; car elle est essentielle et élémentaire!

Paul l'emploie évidemment en ce sens dans la loi 65, § 1 au Digeste *de condictione indebiti :*

« Et quidem quod transactionis nomine datur, licet « res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis « fuerit, *hoc ipsum quod a lite disceditur*, CAUSA *videtur* « *esse...* » (comp. aussi les titres : *De condict. causa data, causa non secuta ; — De condictione ob turpem vel injustam causam. — De condictione sine causa.* ff. tit. IV, V et VII, du livre XII; Vernet, *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*, p. 163 à 165).

354. — Nous avons annoncé qu'il ne faut pas confondre cette cause finale, avec la cause efficiente, ni avec la cause impulsive (*voy.* n° 345).

Et d'abord, qu'est-ce que la cause efficiente?

Nous voici à la partie historique de notre sujet, à celle qui pourrait y jeter certaines obscurités qu'il n'est pas inutile de prévenir ; c'est, disons-nous, la partie historique; elle est, en effet, toute romaine!

Eh bien! donc, la cause *efficiente* ou *formelle*, que nous avons à définir, c'est l'élément générateur *du contrat;* c'est ce qui fait que *le contrat* se forme, et devient susceptible de produire une action en justice.

Mais quoi! est-ce que ce n'est pas le consentement des parties, qui est, dans tous les contrats, cet élément générateur?

Il est vrai!

Mais comment savoir, en fait, si les parties ont consenti dans l'intention sérieuse de s'obliger? et comment obtenir la preuve de cette intention?

Voilà deux objections, qui doivent se présenter, nécessairement, à l'esprit du législateur, qui réglemente cette matière, surtout dans les sociétés dont la civilisation n'est pas avancée, et où les modes de preuve n'ont pas encore reçu une organisation satisfaisante; aussi, la notion de la cause efficiente des contrats se lie-t-elle intimement à la notion de la preuve; et notre savant collègue, M. Huc, a fort judicieusement remarqué que « toute théorie sur « la cause des obligations doit nécessairement subir l'in« fluence du plus ou moins de perfection des moyens « de preuve... » (*Étude historique sur la notion de la cause dans les obligations, selon les principes du vieux Droit romain*, p. 3.)

Or, c'est là précisément ce qui était advenu en Droit romain.

Sans doute, le consentement des parties y était aussi, avant tout, la cause efficiente, indispensable du contrat:

« *Est pactio duorum pluriumve in idem placitum con*« *sensus.* » (L. I, § 2, ff. de Pactis.)

Mais le consentement ne suffisait pas, en règle générale, à la formation d'un contrat, c'est-à-dire d'une convention produisant une obligation; et la maxime fondamentale était, au contraire:

« *Nuda pactio obligationem non parit....* » (L. I, princ. h. t.)

A l'exception d'un petit nombre de conventions, les plus nécessaires et les plus usuelles, la vente, le louage, la société, le mandat, qui devenaient des contrats *solo*

consensu, par des considérations d'utilité pratique, qu'il est facile d'apercevoir ;

Toutes les conventions avaient, en outre, besoin d'une autre *cause efficiente,* pour devenir des contrats munis d'une action.

Et cette cause efficiente, ce principe générateur, c'était, suivant les différentes espèces de contrats : soit la tradition d'une chose (ou l'accomplissement d'un fait) *re;*—soit la solennité des paroles, *verbis ;* —soit l'emploi de l'écriture, *litteris.*

D'où il suivait que ce fait extérieur devenait, tout à la fois, la cause efficiente et le moyen de preuve de l'obligation conventionnelle.

A ce double point de vue, la cause efficiente, la plus certaine, était celle qui résultait *verbis*, c'est-à-dire la *verborum obligatio* ou la *stipulatio;* la plus certaine, en effet, puisqu'elle était formée, tout exprès, d'une interrogation et d'une réponse, à l'effet de prouver l'intention sérieuse que les parties avaient de contracter : *Spondes-ne?*—*Spondeo.* Aussi, était-ce là une cause efficiente générale, qui pouvait être adaptée à tous les contrats.

Les interprètes, pour la plupart du moins, ont appelé du nom de *causa civilis* cet élément générateur des contrats romains ; mais ils sont loin de s'entendre sur cette terminologie, et sur l'étendue de l'application qu'elle doit recevoir.

D'après Vernet, la *causa civilis* existait dans tous les contrats ; elle était la tradition de la chose dans les contrats qui *re perficiuntur* ; — la stipulation, dans les contrats, qui *verbis perficiuntur* ; — la rédaction de certains écrits, dans les contrats, qui *litteris perficiuntur.*

Et le savant romaniste, pour compléter sa théorie, ajoute que, dans les contrats qui *consensu perficiuntur,* la *causa civilis consistait dans la réunion de toutes les conditions nécessaires pour que la convention intervenue entre les parties pût recevoir* le nom d'*emptio-venditio*, de *locatio*

conductio; et que, ainsi par exemple, dans la vente, la *causa civilis* consistait dans l'existence de la chose *merx*, et du prix *pretium*. (*Textes choisis sur la théorie des obligations en Droit romain*, p. 9-12).

Mais cette explication ne nous paraît pas exacte; la *causa civilis*, puisqu'ainsi on l'appelle, était cette condition positive, plus ou moins arbitraire, que le droit civil ajoutait à la condition du consentement, qui, d'après la *causa naturalis*, aurait suffi pour la formation du contrat; or, dans les contrats que le droit civil lui-même déclarait formés *solo consensu*, il n'ajoutait aucune *cause civile* à cette *cause naturelle*, suffisamment efficiente alors par elle-même; donc, il n'y avait pas de *causa civilis* dans ces sortes de contrats; c'est ce que notre honorable collègue, M. Gide, a fait justement remarquer (*Revue pratique de Droit français*, 1865, t. XIX p. 237); et on peut en voir aussi la preuve dans l'excellent livre que M. Accarias a publié sur *la Théorie des contrats innommés et l'Explication du titre de Præscriptis verbis du Digeste*, p. 5 à 10).

Nous n'avons pas d'ailleurs à insister sur cette controverse, qui sort de notre domaine.

Qu'il nous suffise d'avoir constaté le vrai caractère de la *cause*, que l'on appelle *efficiente* ou *formelle* dans les obligations conventionnelles, et d'avoir prouvé ainsi que cette cause n'est pas celle dont le législateur de notre Code s'est occupé.

Cette preuve est particulièrement manifeste dans le *mutuum* ou le prêt de consommation.

La numération des espèces, *datio*, était, en Droit romain, tout à la fois la *cause efficiente* et la *cause finale* de l'obligation de l'emprunteur;

Tandis que, dans notre Droit, la *cause efficiente*, c'est la convention des parties, c'est-à-dire le concours de leurs volontés, qui forme le contrat; et, la tradition des espèces, par le prêteur à l'emprunteur, est la *cause finale*.

Cette analyse nous paraît scientifiquement fort exacte; et nous avons déjà exprimé l'avis que c'est avec raison que notre honorable collègue, M. Humbert, a reproché à Vernet (*loc. supra cit.*, p. 12), d'avoir confondu ces deux sortes de cause, en professant que la théorie du Droit romain et celle du Droit français étaient, sur ce point, toutes semblables (comp. supra n° 31 ; *Revue historique du Droit français et étranger*, 1865, p. 655).

Nous pensons, au contraire, que les deux théories sont, sur ce point, comme sur tous les autres, toutes dissemblables !

Il faut reconnaître pourtant qu'il y a certaines applications, dont la théorie romaine sur la cause efficiente des obligations conventionnelles, est encore susceptible dans notre Droit français; nous voulons parler de ceux de nos contrats, que l'on appelle *solennels*, et où le consentement des parties n'est pas une cause efficiente suffisante pour engendrer le lien de droit et l'action; cette solennité, que la loi y exige en outre, cet élément artificiel, qu'elle y ajoute, nous pourrions le comparer à la *cause civilis* romaine ; et la comparaison serait juste ! (comp. supra n° 31).

355. — Quant à la cause *impulsive*, elle n'est que le motif qui porte chacune des parties, de son côté, à contracter; le motif *du contrat*, disons-nous, *cur contraxit*, et non pas le motif de *l'obligation*, *cur promisit !*

Deux différences la distinguent de la cause finale :

C'est, d'abord, qu'elle n'est pas un élément intrinsèque et constitutif de l'obligation; elle est, au contraire, extrinsèque, extérieure.

C'est par suite qu'elle est relative et personnelle à chacun des contractants en particulier.

Cette double différence produit un résultat notable et qui la met tout à fait en relief.

Tandis que, en effet, la cause finale est toujours identiquement la même dans tous les contrats identiques, la

cause impulsive est essentiellement variable; et elle est, en effet, presque toujours différente, dans les mêmes contrats, pour les parties qui les forment.

Dans un contrat de vente, par exemple, qu'il soit fait par Pierre, par Paul ou par Jacques, la cause *finale* sera toujours invariablement identique : pour le vendeur, l'obligation par l'acheteur de lui payer le prix; et, pour l'acheteur, l'obligation par le vendeur de lui livrer la chose.

De même, on ne pourrait pas comprendre un contrat de prêt, dont la cause finale, pour l'emprunteur, ne serait pas la tradition de la chose à lui faite par le prêteur!

Mais regardez à la cause *impulsive;* et, tout aussitôt, des différences et des variétés infinies vont surgir!

Par quel motif Pierre, Paul ou Jacques a-t-il emprunté? le premier, peut-être, pour payer un prix de vente; le second, pour doter sa fille; le troisième, pour faire de grosses réparations à son immeuble ou pour jouer, etc.; le champ devient alors sans limites, de tous les motifs, sérieux ou frivoles, qui peuvent porter une personne à un contrat!

Maintenant, est-il besoin d'ajouter que *la cause impulsive*, telle que nous venons de l'exposer, c'est-à-dire *le motif du contrat*, est sans aucune influence sur la formation et sur la validité de ce contrat!

Qu'il soit sérieux, en effet ou frivole, il n'importe;

Pas plus qu'il n'importe qu'il soit licite ou illicite!

Et déjà aussi nous avons vu que l'on n'on n'a pas davantage à rechercher s'il est vrai ou s'il est faux, et que l'erreur sur le motif du contrat n'est pas une cause de nullité (*supra*, n° 127; comp. L. 65, § 2, ff. *de condict. indebiti*; Vernet, *Textes choisis sur la théorie des obligations en Droit romain*, p. 233, 234).

356. — II. — Nous venons d'exposer en quoi consiste la cause.

Nous avons à nous occuper maintenant du défaut de

cause, de la fausse cause, et de la cause illicite (*supra*, n° 334).

Et il est entendu que nous ne nous occuperons plus désormais que de la cause finale, la seule que notre Code ait en vue dans cette section (*supra*, n° 346). .

L'article 1131 est ainsi conçu :

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou « sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

357. — *a.* — Le législateur distingue l'obligation *sans cause* d'avec l'obligation *sur une fausse cause.*

Mais comment comprendre une obligation *sans cause !*

M. Ségur en fit l'observation au conseil d'État (Locré, *Législat. civ.*, t. II, p. 138); et Demante remarque aussi « *qu'un engagement sans cause serait un acte de folie!* » (T. V, n° 47.)

Cela est très-juste, en ce sens qu'on ne saurait se figurer raisonnablement une personne qui, ayant contracté une obligation, ne pourrait pas dire pourquoi et dans quel but elle l'a contractée.

N'en concluons pas, toutefois, qu'il faille confondre l'obligation *sans cause* avec l'obligation *sur une fausse cause*; la loi les a distinguées, et elle a eu raison (voy. *infra*, n° 369).

Il se peut, en effet, que l'obligation n'ait pas *une fausse cause* et que néanmoins elle se trouve *sans cause.*

C'est ce qui arrive, lorsqu'elle avait pour objet une chose future, et que cette chose ne se réalise pas, comme si je vous ai vendu ma récolte de l'an prochain, et qu'il n'y ait pas de récolte (voy. *supra*, n° 305).

358. — Il en est de même, lorsque l'obligation a pour objet, non pas une *prestation* unique qui doit s'accomplir en un seul temps, mais une série de *prestations* successives, qui doivent s'accomplir pendant une certaine durée de temps.

En règle générale sans doute, c'est au moment même où l'obligation se forme, que l'existence de la cause est

tout à la fois nécessaire et suffisante (arg. de l'article 1108); dès que la cause existe à ce moment, l'obligation est parfaite; et elle ne cesse pas de l'être, lors même que la cause vient à défaillir. C'est pourquoi l'acheteur n'en est pas moins tenu de payer le prix au vendeur, quoique la chose ait péri depuis la vente et que le vendeur soit dans l'impossibilité de la lui livrer, lorsque la chose a péri, comme nous le supposons, par cas fortuit (comp. *Inst.*, § 3, *de Emptione-venditione*; art. 1138, 1302).

Mais cette règle n'est plus applicable, quand il s'agit d'obligations qui ont un caractère successif; et voilà comment le preneur à bail est dispensé de payer le loyer pour l'avenir, lorsque la chose louée, ayant péri, le bailleur est dans l'impossibilité de l'en faire jouir; car l'obligation de l'un est corrélative à l'obligation de l'autre; et le preneur ne doit les loyers que jour par jour, au fur et à mesure de la jouissance que le bailleur est, en effet, tenu de lui procurer aussi jour par jour successivement (art. 1722, 1726, 1795, 1796).

Il est donc clair, d'après ces exemples, que le défaut de cause est distinct de la fausse cause.

On peut en trouver une nouvelle preuve dans l'arrêt de la Cour de cassation, qui a décidé que la cession d'un brevet accordé pour une découverte non brevetable, c'est-à-dire, d'un brevet nul, ne peut produire aucun effet; car elle est sans objet, et par conséquent, sans cause (22 avril 1861, Landois, Dev., 1861, I, 735).

359. — La condition, insérée dans un contrat, peut-elle servir de cause à l'obligation ?

L'affirmative est évidente, si la condition réunit ces deux caractères : d'une part, que le promettant y ait intérêt; et d'autre part, qu'elle exige une prestation du stipulant; comme si j'ai promis de vous payer 1000 fr., sous la condition que vous abattrez les arbres de votre jardin, qui masquent la vue de ma maison.

Mais il en serait autrement, si la condition consistait

dans un événement ou dans un fait, auquel le promettant n'aurait pas d'intérêt, ou, lors même que le promettant y aurait intérêt, si ce n'était pas le stipulant qui dût en procurer l'accomplissement ; comme dans le cas où j'aurais promis de vous payer 1000 fr. sous la condition que tel navire, qui m'appartient, arrivera d'Asie.

Une telle condition, à l'accomplissement de laquelle vous êtes tout à fait étranger, ne saurait tenir lieu de cause à l'obligation que j'ai prise de vous payer 1000 fr.

Et mon obligation, si on voulait la considérer comme contractée *à titre onéreux*, serait évidemment *sans cause !* (Comp. Cujas, sur la loi 108, ff. *de Verb. obligat.* ; Duranton, t. X, n° 560 ; Gauthier la Chapelle, *Encycl. du Droit*, v° *Contrat*, n° 189.)

360. — Mais mon obligation ne peut-elle pas être considérée comme contractée *à titre gratuit ?*

L'animus donandi, la volonté de conférer un bienfait est une cause suffisante d'obligation (*supra*, n° 352).

Où serait donc l'obstacle à la validité de cette obligation, si, en effet, on reconnaît que j'ai eu l'intention de vous gratifier de cette somme de 1000 fr. ?

L'obstacle ne serait pas, il est vrai, *au fond*, dans le défaut de cause.

Mais ne serait-il pas *dans la forme ?*

En d'autres termes, une donation entre-vifs peut-elle être faite ainsi, sans l'emploi d'un acte notarié ?

Question, qui sort de notre sujet, et sur laquelle nous nous sommes expliqué déjà (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 105).

361. — L'obligation sans cause ne peut, disons-nous, avoir aucun effet.

Mais deux questions nous restent à résoudre :

a. — Faut-il, sous peine de nullité, lorsque le contrat est rédigé par écrit, que l'acte lui-même, *l'instrumentum*, exprime la cause de l'obligation ?

b. — En cas de négative, et si l'acte est valable, lors

même qu'il n'exprime pas la cause, sur laquelle des deux parties, en cas de contestation, doit retomber le fardeau de la preuve? — Est-ce le prétendu créancier qui doit prouver que la cause existe? — Est-ce le prétendu débiteur qui doit prouver que la cause n'existe pas?

Nous arrivons ainsi à l'article 1132 qui a, suivant nous, précisément pour but de résoudre cette double question :

« La convention, dit-il, n'est pas moins valable, « quoique la cause n'en soit pas exprimée. »

362. — Il importe, toutefois, de faire d'abord deux remarques :

La première, c'est que cette question ne saurait s'élever, relativement aux conventions synallagmatiques; et la raison en est simple : la cause de chacune des obligations réciproques qu'ils engendrent, étant inhérente à la convention elle-même, comme son objet avec lequel elle se confond, s'y trouve, en effet, toujours nécessairement exprimée! Comprendrait-on, par exemple, une vente où la cause de l'obligation de l'acheteur ne serait pas exprimée! mais cette vente n'aurait donc pas d'objet! et il faudrait supposer de même une vente, qui n'aurait pas de prix, pour comprendre que la cause de l'obligation du vendeur n'y fût pas exprimée! (Comp. *supra*, n° 346.)

Notre seconde remarque, c'est que la question, que nous abordons, ne présente pas non plus de difficulté, relativement aux obligations commerciales.

Si l'on excepte certains titres, où le droit commercial, plus rigoureux que le droit civil, exige que la cause soit exprimée, tels que la lettre de change (art. 110 Code de comm.) et le billet à ordre (art. 188), il est, de l'aveu de tous, incontestable que, pour les autres titres, l'existence d'une cause commerciale est présumée, lors même qu'elle n'y est pas exprimée (art. 638, Code de comm.); (comp. Duranton, t. X, n° 554; Larombière, t. I, art. 1132 n° 10).

363. — Les deux questions, que nous venons de poser (*supra*, n° 361), se trouvent donc limitées aux conventions unilatérales, en matière civile.

a. — La première consiste à savoir s'il faut, sous peine de nullité, lorsque le contrat est rédigé par écrit, que l'acte lui-même, l'*instrumentum,* exprime la cause de l'obligation.

Evidemment non ! cela n'est pas nécessaire.

Il paraît cependant, qu'autrefois, *on a vu des patriciens*, dit Merlin, *enseigner comme maxime constante que tout billet non causé était nul.* (*Quest. de droit*, v° *Causes des obligations*, § 1.)

Mais l'*enseignement des praticiens* n'avait pas fait de prosélytes dans la doctrine; et on tenait, au contraire, généralement, que le billet, même non causé, était valable.

Il faut le tenir de même encore, soit d'après le texte de l'article 1132, soit d'après les principes.

Lorsque l'article 1132 dispose que *la convention* n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, c'est *le titre* lui-même, l'*instrumentum,* qu'il désigne; car cette acception du mot : *convention*, est ici la seule possible.

Où est-ce, en effet, que la cause d'une obligation conventionnelle, qui est valable (comme l'article le suppose), peut néanmoins n'être pas exprimée?

Est-ce dans l'accord intellectuel des consentements des parties, qui a produit le lien de droit? évidemment non! et il est manifeste que la cause est toujours *exprimée*, comme elle peut l'être, *dans la convention*, en prenant ce mot dans le sens de l'article 1101.

C'est seulement dans l'*acte* ou le *billet*, qui est destiné à prouver l'obligation, que la cause peut n'en être pas exprimée.

Donc, c'est dans le sens du mot : *acte* ou *billet*, *instrumentum*, que le mot convention est employé par l'article

1132, dans le même sens où l'article 931 a employé le mot : *contrat* (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 14 ; et *supra* n° 19);

Donc, l'article 1132 déclare textuellement que le billet, non causé, est valable !

C'est que, en effet, ce qu'il décide, ce n'est pas une question *de validité* d'obligation conventionnelle ; c'est une question *de preuve!* et son seul but est de déterminer la force probante de l'écrit où la cause n'est pas exprimée.

Ajoutons que la décision, qu'il porte sur ce point, est très-conforme aux principes de notre droit français, d'après lesquels les conventions sont valables, indépendamment de la manière dont elles peuvent être prouvées, et qui n'exigeant pas du tout d'acte écrit pour les constater, n'exigent non plus aucune condition, sous peine de nullité, dans l'acte écrit, qui a pu être fait pour les constater.

364. — *b.* Vient maintenant notre seconde question.

Le *billet* n'étant pas causé, à laquelle des deux parties, en cas de contestation, doit être imposé le fardeau de la preuve? (*supra*, n° 361).

La solution que nous venons de donner, avec l'assentiment de la plupart des jurisconsultes, à la première question, tranche, suivant nous, du même coup, nécessairement la seconde.

Il faut pourtant que nous ajoutions que cette seconde question est, au contraire, des plus controversées ; et elle a été notamment le sujet d'une polémique très-vive entre Toullier (t. III, n° 175), et Duranton (t. X, n° 353 ; *voy.* aussi *Thémis*, t. III, p. 95 et suiv.).

Trois opinions sont en présence :

La première enseigne que c'est le porteur de l'acte, le prétendu créancier, qui doit prouver que l'obligation a une cause ; en admettant d'ailleurs que l'acte, non causé, forme un commencement de preuve par écrit, qui auto-

rise l'admission de la preuve par témoins ou des présomptions :

1° Elle invoque, d'abord, l'autorité des traditions antérieures, soit du droit romain, qui mettait expressément cette preuve à la charge du prétendu créancier (L. 15, § *ult.* ff. *de Probat.*), et qui a été suivi, en ce point, par le droit canonique (cap. XIV, X, *De fide instrumentorum*); — soit de notre ancien droit français, confirmé par plusieurs arrêts de Parlements (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Causes des obligat.*; Dalloz, 1848, I, 193).

2° Tel est aussi, dit-elle, notre droit nouveau.

Aux termes de l'article 1315, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver; et cette disposition particulière n'est d'ailleurs que la conséquence du principe général qui impose le fardeau de la preuve à celui qui affirme (L. 2, ff., *de Probat.*);

Or, d'une part, le prétendu créancier ne peut prouver que l'obligation existe valablement, qu'en prouvant qu'elle réunit toutes les conditions exigées par la loi pour son existence valable; d'autre part, d'après l'article 1108, l'obligation doit avoir une cause; et d'après l'article 1131, l'obligation sans cause ne peut produire aucun effet;

Donc, il résulte de la combinaison de ces articles 1315, 1108 et 1131, que c'est le prétendu créancier qui doit prouver que le billet, qu'il présente, a une cause.

Et si l'on objecte à cette opinion l'article 1132, d'où il semble bien résulter pourtant que la loi présume, en faveur du créancier, l'existence de la cause, elle répond que l'*article ne dit pas un mot de cela!* (Duranton, loc. *supra* cit.).

3° Enfin, elle ajoute que la doctrine contraire mettrait à la charge du prétendu débiteur la preuve d'un fait négatif, à savoir : que l'obligation n'a pas de cause; et qu'elle doit être aussi rejetée par ce motif, puisque la preuve d'un fait négatif est impossible! (comp. Delvin-

court, t. II, p. 472; Duranton, *loc. supra cit.;* Favard, Répert., v° *Convention*, sect. II, § 4, n° 1; Solon, *des Nullités,* t. I, n°s 511 et 514; Thémis, t. V, p. 455; Devilleneuve, 1849, I, 113, *Observations;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 221, 222; Gauthier la Chapelle, *Encyclop. du droit,* v° *Contrat*, n° 192.

365.—D'après la seconde opinion, il faut faire une distinction, suivant les termes dans lesquels le billet est conçu:

Le billet porte-t-il, simplement et sans autre indication, ces mots :

« *Je promets de compter, ou je compterai à M.* un tel *la somme de...*; — ou même : *je promets de payer ou je payerai* à M. un tel *la somme de...* »

C'est le prétendu créancier, qui doit prouver que ce billet a une cause.

Mais si, au contraire, le billet est ainsi conçu :

« *Je reconnais devoir*, *ou je dois à M.* un tel *la somme de....* — ou : *je promets payer à M.* un tel *la somme de.... que je lui dois....* »

C'est le souscripteur qui doit prouver que ce billet n'a pas de cause.

Dans le premier cas, dit-on, la cause n'est pas exprimée par le billet;

Tandis qu'elle est exprimée dans le second cas; reconnaître *devoir*, c'est, en effet, reconnaître que l'obligation existe; et comme elle ne peut exister sans une cause, c'est reconnaître, par cela même, qu'elle a une cause; il en est surtout ainsi, lorsque les relations antérieures des parties viennent confirmer la reconnaissance de devoir, que le souscripteur a consentie.

Cette opinion invoque aussi, en ce sens, l'autorité de notre ancien droit.

C'est ainsi que les auteurs du nouveau Denizart enseignaient que « le billet, qui porte : *je reconnais devoir* « *à...* est valable ; et que la cause est dans la reconnais- « sance *de devoir.* » (V° *Billet.*)

Du Laury (chap. 136) professait la même doctrine :

« Par exemple, dit-il, si un écolier *confesse devoir* au « principal de son collége, un passant au maître de « l'hôtellerie, un malade à son médecin, un plaideur « à son procureur, les causes se présument comme si « elles étaient exprimées et écrites.... » (Comp. Merlin, *Quest. de droit,* loc. supra cit.)

Et la discussion qui a eu lieu au conseil d'État, témoigne que le législateur nouveau a entendu maintenir cette ancienne distinction. (Comp. Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 138, 139 et 325 ; Paris, 20 floréal, an x, Sirey, 1807, II, 817; Nimes, 8 mai 1820, Sirey, 1820, II, 163; Cass., 9 janv. 1822, Sirey, 1822, I, 272; Cass., 29 août 1831, Dev., 1831, I, 410; Nancy, 25 août 1833, Dev., 1833, II, 211.)

366. — Enfin, la troisième opinion consiste à dire que c'est, dans tous les cas, au souscripteur du billet, s'il prétend que l'obligation est sans cause, à en fournir la preuve.

Cette opinion est, à notre avis, la seule vraie ; et nous croyons pouvoir le démontrer.

D'abord il faut écarter les distinctions que l'opinion intermédiaire, que nous venons d'exposer, déduit des termes dans lesquels le billet est conçu; il nous paraît évident que cette seconde opinion n'est pas distincte de la première, et qu'elle se confond avec elle.

Dans quels cas, en effet, met-elle la preuve à la charge du prétendu créancier ? c'est dans le cas, où, suivant elle, la cause de l'obligation est exprimée dans le billet; or, si la cause est exprimée, la question elle-même disparaît ! et nous ne sommes plus dans l'hypothèse de l'article 1132, qui suppose précisément, au contraire, que la cause n'est pas exprimée !

Ajoutons que ces distinctions seraient très-difficiles à justifier. Comment ! le billet, par lequel le souscripteur reconnaît *devoir,* exprime, dit-on, la cause; et le billet,

par lequel le souscripteur promet *payer*, ne l'exprime pas! Mais cette différence nous semble purement imaginaire; et nous croyons qu'il faut reconnaître, ou que l'une et l'autre formule exprime la cause, ou que ni l'une ni l'autre ne l'exprime.

Veut-on que la reconnaissance *de devoir*, supposant l'existence d'une obligation, suppose aussi l'existence de la cause? Il en sera de même de la promesse *de payer*; car promettre de payer, c'est promettre d'acquitter *une dette;* or, promettre d'acquitter une dette, n'est-ce pas se reconnaître débiteur, aussi formellement que si on l'avait écrit!

Mais si, au contraire, on pense que la *promesse de payer* n'exprime pas la cause, il est, par la même raison, en sens inverse, impossible de prétendre que la cause est exprimée dans la *reconnaissance de devoir!*

Qui ne voit, d'ailleurs, que ces distinctions subtiles manquent absolument d'esprit pratique, et que les différences importantes, que l'on veut en déduire, seraient presque toujours le résultat d'un hasard de rédaction, sans aucune intention de la part des parties!

367. — Aussi déciderons-nous que c'est dans tous les cas au porteur de l'acte à prouver que l'obligation est sans cause; et les arguments, sur lesquels nous allons appuyer cette doctrine, établiront, de plus en plus, qu'elle ne saurait admettre de distinction :

1° L'article 1132 dispose que la convention n'est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée; c'est-à-dire que le *billet*, où la cause n'est pas exprimée, a la même force probante que le *billet* où la cause est exprimée;

Or, le billet, où la cause est exprimée, dispense le créancier de prouver l'existence de la cause.

Donc, il en doit être de même du billet où la cause n'est pas exprimée.

Le texte nous paraît trancher explicitement notre ques-

tion; et nous avons peine à comprendre que Duranton s'écrie *qu'il n'en dit pas un mot!*

Ce texte ne dit-il pas que le *billet non causé* est valable?

Or, en quoi consiste la validité *d'un billet* par lequel le souscripteur promet de payer ou de compter une somme, si ce n'est pas à prouver que le souscripteur est, en effet, obligé de payer ou de compter cette somme, et que, par conséquent, l'obligation est présumée, par l'effet même de cette promesse, avoir une cause!

2° Quoi de plus raisonnable, d'ailleurs, que cette présomption?

Je vous présente un billet, par lequel vous avez promis de me payer ou de me compter 10000 fr.; vous n'alléguez ni dol, ni erreur, ni violence; et vous prétendez que ce billet est sans cause!

Mais pourquoi donc l'avoir souscrit? la présomption n'est-elle pas, puisque vous l'avez souscrit, qu'il a, en effet, une cause!

C'est la remarque que faisait l'avocat général Denain, à l'audience du parlement de Paris du 29 juillet 1706 :

« Par notre usage, disait-il, tout homme qui a signé une promesse volontairement, *sine metu et sine dolo*, est lié naturellement et civilement, et est astreint, par sa signature, à remplir son obligation, indépendamment du défaut d'expression de la cause. » (Augeard, t. I, p. 908; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Causes des Obligat.*, § 1.)

Cette citation prouve que c'est un peu témérairement peut-être que la doctrine contraire revendique l'autorité de notre ancien Droit.

Telle est aussi, la décision, qui nous paraît se dégager de la discussion un peu confuse, il est vrai, du conseil d'État :

« .... Le défaut d'énonciation de la cause, dit M. Tronchet, n'est pris en considération que quand l'obligé est mineur.... »

Et M. Portalis ajoute : « qu'un savant avocat général du parlement de Paris a établi, avec raison, le principe que la déclaration du majeur devient une cause suffisante ; ce n'est que pour les mineurs que la cause doit être prouvée. « (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 139, 140.)

3° On objecte en vain que c'est la preuve d'un fait négatif, que nous voulons imposer au souscripteur du billet.

Au point où nous en sommes, cette objection ne saurait nous arrêter ; car il est clair que cette preuve *du fait négatif,* que l'obligation n'a pas de cause, aboutit nécessairement à la preuve *d'un fait positif!* D'après la notion qui nous est acquise de la cause finale de l'obligation, ce fait, très-positif, en effet, ce sera toujours soit l'erreur du souscripteur, qui se sera trompé sur l'existence de la cause, soit un événement par suite duquel la cause, qui existait d'abord, sera venue ensuite à manquer !

Aussi, la jurisprudence moderne paraît-elle formée dans le sens de cette doctrine (comp. Bourges, 12 févr. 1825, Sirey, 1825, II, 355, Agen, 3 juill. 1830, Dev., 1832, II, 375 ; Cass., 16 août 1848, Chardon, Dev., 1849, I, 113 ; Nîmes, 17 déc. 1849, Martin, Dev., 1850, II, 118 ; Cass., 13 mai 1854, Farrau, Dev., 1855, I, 751 ; Cass., 9 févr. 1864, Roland, Dev., 1864, I, 107 ; Toullier, t. III, n° 175 ; Duvergier, *h. l.*, note 1, et t. IX, n° 783 ; Marbeau, *des Transactions*, n° 138 ; Bonnier, *des Preuves*, n° 157 ; Taulier, t. IV, p. 289 ; Dejaer, *Revue étrangère*, 1841, t. VIII, p. 929 ; Larombière, t. I, art. 1132, n° 4 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 48 *bis* ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 560).

368. — Et cette doctrine, nous la maintiendrons, non-seulement dans le cas où la contestation s'engage entre les deux parties contractantes elles-mêmes, mais encore dans le cas où le souscripteur du billet étant décédé, c'est son héritier ou successeur, qui soutient que l'obligation n'a pas de cause, soit contre celui au profit duquel le

billet a été souscrit, soit contre son héritier ou successeur.

Nous avons entendu toutefois proposer, entre ces deux cas, une distinction.

On convenait que si le billet est opposé à la partie qui l'a signé, c'est à elle que doit être imposé le fardeau de la preuve; mais on soutenait qu'il en doit être autrement, si le billet est opposé à son héritier, qui peut en ignorer la cause, et que, dans ce cas, c'est au porteur du billet à en prouver l'existence.

Distinction inadmissible, suivant nous, malgré l'apparence d'équité qu'elle semble offrir.

Deux choses l'une, en effet :

Ou le billet ne fait pas présumer, en faveur du créancier, l'existence de la cause;

Ou il la fait présumer.

Dans le premier cas, il ne doit pas plus la faire présumer contre le souscripteur lui-même que contre son héritier;

Et, dans le second cas, il doit la faire présumer aussi bien contre l'héritier du souscripteur que contre le souscripteur lui-même.

Il ne se peut pas que le titre, qui était probant dans les mains de l'auteur, cesse d'être probant, après sa mort, dans les mains de son héritier!

Les articles 1323 et 1324 établissent, il est vrai, une différence entre *l'auteur et les héritiers de l'auteur*, en ce qui concerne la vérification d'écriture; mais c'est là une disposition spéciale, fondée sur des motifs qui ne peuvent pas recevoir ici d'application (comp. Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Causes des Obligat.*, § 1, p. 300, col. 2).

369. — *b.* — La cause est fausse dans deux cas :

1° Lorsque les parties croyaient qu'elle existait, tandis qu'elle n'existait pas; c'est la cause *erronée;*

2° Lorsque les parties, sachant bien qu'elle n'existait pas, l'ont néanmoins exprimée dans l'acte; c'est la cause *simulée*.

L'article 1131, qui porte que l'obligation *sans cause ou sur une fausse cause* ne peut avoir aucun effet, est-il également applicable à ces deux cas?

Qu'il soit applicable au premier cas, cela est d'évidence; car la cause *erronée* étant purement imaginaire et n'existant que dans la pensée des parties, équivaut au défaut de cause; et il est vrai de dire, sous ce rapport, que l'obligation *sur une fausse cause* est une obligation *sans cause* (comp. *supra*, n° 357).

Pierre a vendu à Paul sa maison de Marseille, que tous deux croyaient existante au moment du contrat; mais, au contraire, la maison était périe en totalité! (art. 1601; *supra*, n° 321).

Ou bien, dit Pothier (n° 42), croyant faussement vous devoir une somme de dix mille livres, qui vous avait été léguée par le testament de notre père, mais qui a été révoquée par un codicille, dont je n'avais pas connaissance, je me suis engagé de vous donner un certain héritage en payement de cette somme; ce contrat est nul, parce que la cause de mon engagement, qui était l'acquittement de cette dette, est une cause qui s'est trouvée fausse.

370. — Mais, au contraire, l'article 1131 n'est pas applicable au second cas, c'est-à-dire à celui où la cause exprimée dans l'acte, est seulement *simulée*, et où il existe, d'ailleurs, une autre cause dans l'obligation.

Pourquoi donc, en effet, cette obligation serait-elle nulle?

Pour défaut de cause? non, puisque nous supposons qu'elle a une cause véritable!

Serait-ce parce que cette cause est simulée?

Mais l'article 1131 n'a pas pour but de déterminer les conditions de validité du contrat, ni de décider la question de savoir si la simulation y est ou n'y est pas un obstacle; ce que fait uniquement l'article 1131, c'est d'exiger, d'après l'article 1108, qu'il y ait une cause licite dans l'obligation; et d'ailleurs, la simulation, par

elle-même, n'est pas, dans notre Droit, un motif de nullité (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 362; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 96).

Pierre a promis de payer 10 000 à Paul, *pour cause de prêt;* mais la cause est fausse; la vraie cause, c'est une *restitution qu'il ne veut pas avouer publiquement*, comme dans l'exemple que M. Tronchet supposait au conseil d'État (Locré, t. XII, p. 139), ou bien *une réparation*, que les deux parties veulent tenir secrète, comme dans l'espèce jugée par l'arrêt de la Cour de Caen (cit. *infra*).

Il n'y a pas de raison pour que cette obligation *ne produise aucun effet;* tout au contraire! et quand l'article 1131 déclare nulle l'obligation *sur une fause cause*, ce n'est pas certainement celle-ci qu'il a en vue! (Comp. Cass., 13 août, 1806, Sirey, 1806, II, 961 ; Cass., 8 juill. 1807, Sirey, 1807, I, 371 ; Cass., 9 juin 1812, Sirey, 1812, I, 233; Cass., 2 déc. 1812, Sirey, 1813, I, 33; Colmar, 19 juin 1814, Sirey, 1815, II, 128; Toulouse, 27 déc. 1830, Dev., 1834, II 234; Paris, 11 nov. 1834, Dev., 1835, II, 167; Caen, 9 avril 1853; Villette, Dev., 1854, II, 30; Merlin, Quest. de droit, v° *Causes des Obligations* § 2; Toullier, t. III n° 176; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 221; Larombière, t. I, art. 1131, n° 7; Colmet de Santerre, t. V. n° 47 *bis*, II).

371. — Si le souscripteur du billet prétend que la cause exprimée est fausse, c'est lui, pour cette fois, qui doit en fournir la preuve (comp. *supra*, n° 367).

Car c'est lui qui affirme (L. 2 ff. *de Probat.*); et de plus, son affirmation contredit son propre consentement et l'aveu qu'il a fait lui-même de la vérité de la cause!

Aussi ne serait-il pas en général admis à en établir la fausseté par la preuve testimoniale, s'il ne soutenait pas que son consentement lui a été extorqué par violence ou surpris par dol;

A moins pourtant que la simulation de la cause n'ait eu pour but de cacher une fraude à la loi; question délicate d'ailleurs, et que nous retrouverons bientôt à sa place, lorsque nous exposerons la théorie de la preuve (art. 1341, 1348, 1353; comp. Cass., 29 mai 1827, Boulet, D., 1827, II, 253; Lyon, 4 août 1831, Boulet, D., 1833, II, 39; Cass., 7 mai 1836, Boulet, Dev., 1836, I, 574; Limoges, 16 avril 1845, C..., Dev., 1846, II, 465; Toullier, t. III, nos 178, 179; Larombière, t. I, art. 1132, n° 9).

372. — Mais aussi, lorsque le souscripteur a prouvé la fausseté de la cause exprimée dans le billet, c'est au prétendu créancier, s'il prétend qu'il existe une autre cause, à en fournir la preuve.

On objecterait en vain que la preuve de la fausseté de la cause exprimée a seulement ce résulat que la cause n'est plus exprimée; or, le billet n'en est pas moins, pour cela, valable; et c'est au souscripteur, s'il prétend qu'il n'a pas de cause, à en faire la preuve.

Nous l'avons, en effet, pensé ainsi nous-même, lorsque la cause n'a pas été exprimée. (*Supra* n° 367.)

Mais tout autre est maintenant notre hypothèse!

Une cause spéciale a été énoncée dans le billet; or l'énonciation d'une cause spéciale est et évidemment exclusive de toute autre cause; donc, lorsque la cause énoncée est démontrée fausse, la présomption doit être que l'obligation est sans cause.

Conclusion très-logique et aussi très-raisonnable; car la simulation doit faire présumer que l'autre cause, s'il en existe une, est insuffisante ou illicite, puisqu'on a cru devoir la cacher!

Mieux vaut donc, pour le créancier, ne pas exprimer du tout de cause dans le billet, que d'en exprimer une fausse (comp. Cass., 13 mars 1854, Farrau, Dev., 1855, I, 751; Merlin, Quest. de droit, v° *Causes des Obligat.*, § 1, n° 3; Toullier, t. III, nos 178, 179; Duranton, t. X;

n° 351 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 221; Larombière, t. I, art. 1132, n° 8).

373.— Il peut, du reste, arriver que les deux circonstances de la fausseté de la cause exprimée et de l'existence d'une autre cause véritable se trouvent démontrées à la fois par la même preuve; et, dans ce cas, cette preuve unique et indivisible les démontre, en effet, du même coup, toutes les deux. (Comp. Cass., 13 mai, 1854, Farrau, Dev., 1855, I, 751, Larombière, t. I, art. 1132, n° 8)

374. — *c*. Enfin, aux termes de l'article 1133 :

« La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » (comp. art. 6,900, 1172, etc.).

Nous avons déjà, en traitant de l'objet de l'obligation dans les contrats synallagmatiques, fourni un certain nombre d'exemples de causes contraires à la loi, aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public ; on se rappelle, en effet, que, dans ces contrats, l'objet de l'obligation de l'une des parties étant la cause de celle de l'autre, et réciproquement, il s'ensuit que, lorsque l'objet de l'obligation de l'une est illicite, la cause de l'obligation de l'autre devient, par cela même, aussi illicite! (*supra*, n° 300).

Il nous suffira donc d'en signaler encore quelques exemples, parmi les plus importants, dans l'état des habitudes de notre société.

375. — La question s'est souvent élevée de savoir si l'obligation contractée par un homme envers une femme, avec laquelle il entretient des relations coupables, a une cause illicite?

Assurément oui! et ce n'est point une question, lorsque l'obligation a eu pour cause d'obtenir ces relations, soit de les faire commencer, soit de les faire durer (comp. Cass., 2 févr. 1853, Labau, Dev., 1853, I, 428 ; Cass., 26 mars 1860, Guillot, Dev., 1860, I, 321).

Mais nous avons déjà remarqué qu'après les relations finies, il se peut que l'obligation ait une cause licite dans un devoir de conscience, par lequel l'homme se croirait obligé à une réparation envers la femme qu'il aurait détournée de ses devoirs! (comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 424-426; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nos 40-41; Grenoble, 23 janv. 1864, Estève, Dev., 1864, II, 222; Cass., 26 juill. 1864, L..., C..., Dev., 1865, I, 33.)

376. — C'est ainsi que l'on a pu décider que l'obligation contractée, envers un mari, par l'homme, qu'il a trouvé seul la nuit avec sa femme, a une cause licite dans le devoir de réparation, dont l'offenseur a pu se croire tenu (comp. Caen, 9 avril 1853, Vilette, Dev., 1854, II, 30).

377. — Mais on ne saurait considérer comme ayant une cause licite l'obligation contractée par le cessionnaire d'un office ministériel, envers le cédant, de lui payer, en secret, un prix supérieur à la somme exprimée dans le traité apparent; car une telle convention aurait pour résultat de déjouer la salutaire surveillance, que l'État, dans un intérêt d'ordre public, a dû se réserver sur ces traités!

Aussi, la jurisprudence est-elle, sur ce point, aujourd'hui très-constante et très-ferme! (comp. *supra*, n° 337; Cass., 23 août 1842, Gelée, Dev., 1843, I, 123; Cass., 30 juill. 1844, Chedeville, Dev., 1844, I, 582; Cass., 5 janv. 1846, Lecoq, Dev., 1846, I, 116-118; Duvergier, *Revue étrangère et française*, 1840, p. 568 et suiv.; *voy.* aussi Toulouse 30 juin 1864, Fouché, Dev., 1864, II, 136.)

378. — Un homme, qui s'est rendu coupable d'un vol envers un autre, consent, au profit de celui-ci, une obligation, dont la cause est la promesse qu'il obtient de lui, de n'être pas poursuivi à raison de ce vol, et dans

le but, par conséquent, de s'en assurer l'impunité (comp. Bordeaux, 20 févr. 1839, B..., Dev., 1839, II, 462).

Un avocat ou un officier ministériel fait, avec une personne, la convention connue sous le nom *de quota litis* (comp. Douai, 18 mars 1843, Dumay, Dev., 1843, II, 411; Merlin, *Répert.*, v° *Pacte de quota litis*; et v° *Droits litigieux*, n° 5; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 201; Mollot, *Règles sur la profession d'avocat*, t. I, p. 201 et 208).

Ou bien, c'est une convention par laquelle un futur époux s'oblige à payer à l'autre une certaine somme, s'il se retire.... *un dédit de mariage* (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 28).

Ou voici des commerçants, qui font, entre eux, une convention de société, dont le but est d'entraver la liberté du commerce et de gêner la concurrence (comp. Bourges, 11 août 1826, Sirey, 1828, II, 135; Cass., 18 juin 1828, Sirey, 1828, I, 244; Pau, 7 août 1837, Poney, Dev., 1838, II, 242; Cass., 4 janv. 1842, Marrot, Dev., 1842, I, 231; Douai, 13 mai 1851, Duniagout, Dev., 1851, II, 733).

Supposons encore qu'une personne contracte une obligation envers une autre, afin de l'écarter des enchères dans une adjudication (comp. Limoges, 16 avril 1845, C..., Dev., 1846, II, 465; Cass., 23 juill. 1866, Guinet, Dev., 1866, I, 377);

Ou afin de la rémunérer de ses démarches et de ses sollicitations auprès du Gouvernement, à l'effet d'obtenir des places ou des faveurs (comp. Cass., 20 mai 1828, Sirey, 1828, I, 348; Colmar, 25 juin 1834, Dev., 1834, II, 661);

Autant d'obligations qu'il suffit d'énoncer, pour démontrer que la cause en est illicite! (comp. Merlin, *loc. supra, cit.*, et v° *Cause*, § 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 220; Larombière, t. I, art. 1133, n°s 10 et suiv.).

379. — Faut-il en dire autant de la cession, qui au-

rait pour objet la chance de prime ou de lot, que certaines villes ou certains établissements financiers ont, avec l'autorisation du Gouvernement, attachée à leurs obligations ?

Paul, ayant des obligations de la ville de Paris, ou du crédit foncier, a cédé la chance d'un ou de plusieurs tirages à Pierre, qui s'est, en conséquence, obligé à lui payer une certaine somme.

Cette convention a-t-elle une cause illicite?

On serait peut-être porté, au premier abord, à répondre négativement :

Le principe général est, en effet, que les propriétaires ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent (art. 537, 544); or, la chance des tirages appartient à Paul, auquel les obligations appartiennent; donc, il doit pouvoir disposer de cette chance, comme des autres valeurs qui sont dans son patrimoine.

Objectera-t-on que, d'après l'article 537, les particuliers n'ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, que *sous les modifications établies par les lois*, et que, précisément, cette espèce de cession est interdite par la loi du 21 mai 1836, qui a prohibé les loteries?

Mais l'objection ne s'attaque-t-elle pas à la loi elle-même, qui a autorisé la ville de Paris ou le crédit foncier à émettre des obligations avec tirage au sort de primes? ce n'est pas, il est vrai, sans raison que l'on dirait que le texte absolu de la loi du 21 mai 1836 aurait dû faire obstacle à ces autorisations; aussi l'honorable M. Duvergier en avait-il déduit la conséquence que, pour l'avenir, les emprunts contractés par des villes ou par des associations, avec tirage au sort de primes, ne pourraient plus être autorisés (*Collect. des lois*, 1836, p. 85, note 1); mais l'autorité publique ne l'a pas pensé ainsi; elle a autorisé, au contraire, l'émission de ces obligations avec chances de tirage au sort; et dès lors, reste tout entier

l'argument qui consiste à dire que « ces chances de ti- « rages constituent une valeur distincte des obligations « elles-mêmes et des intérêts qu'elles produisent; — que « cette valeur peut en être séparée et devenir l'objet d'une « vente, comme toute autre propriété.... » — C'est ainsi, en effet, que s'exprime le tribunal de la Seine, dans un jugement du 12 avril 1844 qui toutefois, reconnaît, en même temps, que la loi de 1836, prohibitive des loteries, deviendrait applicable, si les chances de tirages au sort, détachées des obligations, étaient coupées et divisées pour être ainsi offertes au public (Deligne, Dev., 1866, II, 266).

Cette solution néanmoins ne nous paraît pas juridique; et notre avis est que toute opération, dont le résultat est de séparer la chance du tirage au sort d'avec l'obligation à laquelle elle est attachée, doit être considérée comme ayant une cause illicite; non-seulement lorsqu'elle est fractionnée en coupures plus ou moins multipliées, mais encore lorsqu'elle est cédée entière.

Le texte même de la loi du 21 mai 1836, et les considérations puissantes d'ordre public, sur lesquelles elle est fondée, l'exigent ainsi, suivant nous, impérieusement :

1° D'après l'article 2 de la loi de 1836, *sont réputées loteries... généralement toutes opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain, qui serait acquis par la voie du sort.*

Or, on ne saurait méconnaître ce caractère dans une *opération,* qui consiste à détacher de l'obligation à laquelle elle était inhérente, la chance du tirage au sort, pour en faire l'objet direct et principal d'une spéculation à part!

Il est vrai que des lois spéciales ou des décrets ayant force de loi ont autorisé des villes et des compagnies à émettre des obligations avec chances de tirage au sort de primes.

Mais c'est là une exception, regrettable peut-être ou plutôt, à notre avis, très-certainement regrettable; car, il nous est impossible de n'y pas voir une altération des vraies et saines conditions du crédit! mais c'est un motif de plus pour la renfermer dans les limites que le législateur lui a imposées; or, le législateur n'a autorisé ces chances de tirages au sort qu'autant qu'elles seraient attachées à l'obligation, dont elles sont un élément constitutif; donc, la prohibition reprend son empire, dès l'instant où l'on veut considérer la chance comme une valeur distincte de l'obligation.

2° C'est que, en effet, les dangers de l'exception ainsi limitée, sont beaucoup amoindris. Il faut un certain capital, d'une importance relative, et que la loi a déterminée, pour obtenir, en même temps que l'obligation, la chance du tirage au sort qui s'y trouve attachée. Permettez, au contraire, de détacher la chance d'avec l'obligation, cette garantie contre les abus disparaît; et voilà les petites bourses attirées par l'appât de la chance pure et simple d'un tirage au sort, c'est-à-dire par une véritable loterie! Aussi, à peine l'idée de cette opération était-elle née (et elle n'a pas manqué de naître tout de suite!) qu'on a vu les chances de tirage au sort divisées et fractionnées par 5e, par 10e, par 20e, et même par 40e; et cela, avec la faculté absolue et sans contrôle, pour celui qui faisait ces divisions de sa chance, de mettre à chacune des coupures, le prix que bon lui semblait!

On objecte que ces dangers n'existent pas, lorsque la chance du tirage au sort est cédée entière et sans morcellement!

Nous en convenons; ou du moins n'existent-ils pas avec le même caractère de gravité; mais si l'on fait cette concession, le principe lui-même est ébranlé ou plutôt il est détruit! car le jour où l'on admettrait que la chance entière peut être cédée séparément de

l'obligation, il deviendrait, à notre avis, très-difficile d'empêcher la cession, qui en serait faite par coupures.

Concluons donc que, en effet, la chance du tirage au sort ne peut appartenir qu'à celui auquel appartient l'obligation (comp. Cass., 10 févr. 1864, Coultet; 24 mai 1866, Millaud; 4 mai 1866, Detaille; Dev., 1866, I, 340-344; Rouen, 5 janv. 1866, Boulé, Dev. 1866, II, 266; et le rapport de M. le conseiller Nouguier, Dev. 1866, I, 341).

380. — Que l'obligation soit nulle, en vertu de l'article 1133, lorsque la cause est illicite, en même temps de la part du *promettant* et du *stipulant*, ou seulement de la part du *promettant*, cela ne fait aucun doute; et c'est ce qui arrivait dans les divers exemples, que nous avons jusqu'à présent fournis.

Mais en est-il de même, lorsque la cause est seulement illicite de la part du *stipulant?*

En d'autres termes, faut-il déclarer nulle, comme ayant une cause illicite, l'obligation qu'une personne a contractée, envers une autre, pour obtenir d'elle l'accomplissement d'un devoir, ou pour la détourner de l'accomplissement d'un devoir?

Cette question n'a pas d'intérêt dans les conventions synallagmatiques, où la cause de l'obligation de l'une des parties se confond avec l'objet de l'obligation de l'autre; d'où il suit que, si l'objet de l'une des obligations est illicite, il ne peut pas servir de cause à l'obligation de l'autre; et par conséquent celle-ci sera nulle dans ce cas pour défaut de cause, si ce n'est pas pour cause illicite (*supra*, n° 348).

Mais, au contraire, la question peut s'élever sérieusement dans les conventions unilatérales.

Paul s'étant rendu adjudicataire, sur saisie, d'un bien appartenant à Pierre, s'oblige à lui payer une certaine somme, pour qu'il lui remette les titres;

Ou bien il s'oblige à lui payer une somme, pour qu'il

cesse des relations adultérines, qu'il entretient avec une femme mariée.

L'obligation, dans l'un et dans l'autre cas, a-t-elle une cause illicite ?

L'affirmative est généralement admise, et avec beaucoup de raison !

Nous constaterons d'abord qu'elle est conforme aux traditions anciennes.

C'est ainsi que les jurisconsultes romains décidaient que la cause peut être illicite, soit de la part des deux parties, soit de la part de l'une ou de l'autre seulement, sans distinguer entre le promettant et le stipulant : « .... *turpem autem causam, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis; aut* ACCIPIENTIS DUNTAXAT, *non autem dantis; aut utriusque....* » (L. I, *princ.* et § 2, ff. *de condict. ab turpem causam.*)

Telle est aussi la doctrine de Pothier (n° 43), à qui nous avons emprunté l'un des exemples qui précèdent.

Mais, pourtant, ne peut-on pas y faire cette objection :

La cause, dont nous nous occupons, est le but immédiat et final que le promettant se propose d'atteindre en s'obligeant; or, dans les hypothèses en question, ce but n'a pas, quant à lui, un caractère illicite ; tout au contraire ! puisqu'il tend soit à obtenir du stipulant l'accomplissement de son devoir, soit à l'empêcher de le violer ; donc, on ne saurait, sans méconnaître la vraie notion de la cause dans les obligations conventionnelles, décider que cette obligation du promettant est nulle, d'après l'article 1133, comme ayant une cause illicite (comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 49 *bis*, II).

Eh, quoi ! est-ce donc que cette obligation sera valable ?

Non certes ! répond aussitôt lui-même notre savant collègue; mais, ajoute-t-il, si on parvient à l'annuler, ce sera en vertu d'autres principes, c'est-à-dire en vertu des règles *sur les conditions,* et non de celles *sur la cause.*

Mais nous avons vu que *la condition*, lorsque le promettant n'y a pas d'intérêt, ne peut pas tenir lieu *de cause* (*supra*, n° 359).

Ce qu'il faut donc supposer, pour que la question, que nous agitons, se présente, c'est que le promettant n'a pas fait une simple *condition* de l'accomplissement du devoir qu'il imposait au stipulant, mais qu'il en a fait la *cause finale* de son obligation !

Cette obligation sera nulle, on le reconnaît; car on ne saurait stipuler un prix pour faire une chose que *la loi de l'honneur et de la probité* nous commande de faire, disait très-bien Domat (*Lois civiles*, Liv. I, sect. v, n° 19).

Or, comment la déclarer nulle, si ce n'est en raison du caractère illicite de la cause !

D'où l'on est amené à conclure que, bien que le caractère illicite du fait ne se trouve pas du côté du promettant, la cause, envisagée, en soi, d'une manière absolue, est illicite et ne peut pas engendrer, aux yeux de la loi, une obligation (comp. Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Causes des obligations*, § 2 ; Larombière, t. I, art. 1133, n°s 7 et 10).

381. — Aux termes de l'article 1131 :

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou « sur une cause illicite, *ne peut avoir aucun effet.* »

Cette formule est notable, surtout lorsqu'on la rapproche de la formule de l'article 1117 :

« La convention contractée par erreur, violence ou dol, « *n'est pas nulle de plein droit, et elle donne seulement* « *lieu à une action en nullité....* » (ajout. art. 1125 ; *supra*, n° 298).

Il s'ensuit que l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne donne pas lieu seulement à une action en nullité, mais qu'elle est de plein droit frappée de nullité.

Nullité, d'où résultent trois conséquences directement

opposées à celles que nous avons déduites de la simple *annulabilité*; à savoir :

1° Qu'elle est proposable par toute personne intéressée; non-seulement donc par l'une des parties, mais également par les deux parties;

2° Qu'elle est proposable, non pas seulement pendant dix ans (art. 1304), mais pendant trente ans (art. 2262);

3° Qu'elle n'est susceptible de s'effacer par aucune ratification ou confirmation (comp. art. 1338; *supra*, n° 298).

382. — L'exécution volontaire ne saurait donc confirmer cette prétendue obligation; on ne confirme pas le néant!

Cette conséquence est généralement admise, sans difficulté, en ce qui concerne les obligations *sans cause* ou *sur une fausse cause;* on s'accorde à reconnaître que le promettant, qui a livré la chose promise, peut en exercer la répétition (art. 1235, 1376; Bordeaux, 24 déc. 1844, Bibard, Dev., 1845, II, 356; *voy.* toutefois Larombière, t. III, art. 1338, n° 8).

Mais il n'en est pas ainsi, en ce qui concerne les obligations *sur une cause illicite*.

Et, d'après une doctrine très-accréditée, il faudrait, dans ce cas, faire une distinction :

La cause est-elle illicite seulement de la part du *stipulant*, qui a reçu, de l'*accipiens?* le promettant, le *dans*, peut exercer la répétition.

Mais, au contraire, si la cause est illicite de la part du promettant et du stipulant, *utriusque*, la répétition ne doit pas être accordée.

Telle était, en effet, la doctrine romaine, que Paul nous atteste en ces termes :

« *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur,* « *non posse repeti dicimus....* » (comp. l. 2, 3 et 4, § 2, ff. *De condict. ab turpem causam*).

Pothier l'enseignait également dans notre notre ancien

droit ; et il l'expliquait en disant que celui qui a payé, *ayant lui-même péché contre les lois et les bonnes mœurs, est indigne du secours des lois pour la répétition de la somme* (n° 43).

Cette doctrine compte encore, dans notre droit nouveau, des partisans d'une autorité considérable ; on la résume en cette maxime : *in turpi causa, melior est causa possidentis* (comp. Cass., 17 mai 1841, Cochet, Dev., 1841, I, 623 ; Cass., 2 févr. 1853, Labau, Dev., 1853, I, 428 ; Paris, 4 févr. 1854, Montaud, Dev., 1854, II, 148 ; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Causes des obligations*, § 1, n° 3 ; Delvincourt, t. II, p. 472, note ; Toullier, t. III, n° 126 ; Duranton, t. X, n° 366 ; Larombière, t. I, art. 1133, n° 10).

Notre avis est, pourtant, que la répétition devrait être toujours admise, lorsque le *payement* a été fait en vertu d'une obligation qui avait une cause illicite.

Ce n'est pas ici le lieu de fournir des développements, qui appartiennent à un autre sujet, et que nous retrouverons plus tard. (Art. 1235, 1376.)

Nous voulons seulement indiquer les deux arguments qui nous déterminent :

D'une part, l'article 1131 dispose, dans les termes les plus absolus, que l'obligation *sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet;* or, cette obligation aurait un effet, au contraire, et même un effet très-important, si elle faisait obstacle à la repétition; donc, il résulte du texte même qu'elle n'y saurait faire obstacle ;

D'autre part, les plus hautes considérations d'intérêt public nous paraissent exiger aussi que ces obligations soient considérées, de la façon la plus radicale, comme destituées de toute valeur juridique, et qu'elles ne puissent engendrer aucun droit (comp. Limoges, 16 avril 1845, C..., Dev., 1846, II, 465 ; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.;* et *Revue étrangère et française*, 1840, p. 582 et suiv. ; Colmet de Santerre, t. V, n° 49 *bis*, IV).

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE.

383. — Nous avons examiné :

Dans le chapitre I, ce que c'est qu'un contrat et combien il y en a d'espèces ;

Dans le chapitre II, quelles sont les conditions essentielles pour la validité des contrats.

Au point donc où nous en sommes, le contrat est formé; et nous avons à examiner maintenant quel en est l'effet.

Tel est l'objet du chapitre III, dans lequel nous entrons.

384. — Il faut, toutefois, remarquer que ce chapitre est intitulé : *De l'effet* DES OBLIGATIONS, et non pas *De l'effet* DES CONVENTIONS.

La vérité est que le législateur de notre Code paraît avoir un peu mêlé ces deux éléments juridiques, très-différents pourtant l'un de l'autre ; à savoir : *la convention* et *l'obligation.*

C'est ainsi que, dans les articles 1134, 1135, 1136 et suivants, 1166 et 1167, il emploie le mot : *convention ;* tandis qu'il emploie le mot : *obligation*, dans les autres articles de ce chapitre (1136 à 1155).

Pothier n'avait pas fait cette confusion ; il traite, successivement et séparément, d'abord : *De l'effet des contrats,* dans son chapitre I (n° 85) ; et ensuite, *De l'effet des obligations,* dans son chapitre II (n° 141).

Mais nous avons déjà remarqué que le législateur de notre Code n'a pas suivi le plan de l'auteur du *Traité des obligations* (*supra* n° 2).

Ce plan était pourtant plus logique; car autre chose est la *convention;* autre l'*obligation,* et il est essentiel de distinguer l'une d'avec l'autre.

La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels;

Tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé personnellement envers le créancier, et qui confère à celui-ci le droit d'invoquer le secours de la puissance publique pour en obtenir l'exécution.

Ajoutons que l'obligation ne dérive pas seulement des conventions, mais encore d'autres causes, telles que le quasi-contrat, le délit, ou le quasi-délit et la loi elle-même (*supra,* n° 9).

Au reste, ce n'est là qu'une confusion de mots, que nous avons cru devoir signaler, au point de vue didactique, mais dont il ne saurait résulter aucune confusion de principes.

385. — Le chapitre III est divisé en six sections.

La première est consacrée à *des Dispositions générales;*

La seconde traite : *De l'obligation de donner;*

La troisième : *De l'obligation de faire ou de ne pas faire;*

La quatrième : *Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation;*

La cinquième : *De l'interprétation des conventions;*

La sixième : *De l'effet des conventions à l'égard des tiers.*

Cette division est-elle la meilleure, qu'il fût possible de trouver?

Il est permis d'en douter; mais nous nous y conformerons, voulant toujours maintenir, le plus qu'il est en nous, l'ordre même que le législateur a suivi.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

386. — Ces *dispositions générales* de la section I ont pour but de déterminer l'effet commun de toutes les conventions, quelqu'en soit l'objet : donner, faire ou ne pas faire.

Le législateur déterminera ensuite, dans les autres sections, l'effet particulier des conventions, suivant l'objet différent de chacune d'elles.

387. — L'article 1104 est ainsi conçu :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de « loi à ceux qui les ont faites.

« Elles ne peuvent être révoquées que de leur consen« tement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.

« Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Et d'abord, que toute convention, légalement formée, doive tenir lieu de loi aux parties, cela est d'évidence ! cet effet-là est essentiel ! puisque, autrement, la convention elle-même n'existerait pas (comp. art. 1101).

Ce qu'il faut remarquer surtout, dans ce premier alinéa de notre article, c'est la formule de sa rédaction ; il ne dit pas que les conventions *obligent* les parties; il dit qu'elles *leur tiennent lieu de loi;* formule plus générale, qui indique que les conventions ne créent pas seulement des obligations, mais qu'elles peuvent aussi en éteindre (*supra*, nº 384).

388. — Est-ce à dire, toutefois, qu'il puisse y avoir lieu à cassation pour violation ou pour fausse application *de la loi de la convention*, lorsque des jugements ou des arrêts en ont mal interprété les clauses, et n'y ont pas attribué les effets qu'elles devaient produire?

Telle était, la conséquence que l'on avait, d'abord, déduite des termes de l'article 1134 (comp. Carré, *Compétence*, t. VIII, p. 142 et suiv.).

Mais cette doctrine n'a pas duré; et on n'a pas tardé à voir qu'elle méconnaissait le sens de cette disposition, dont le but n'est point, bien entendu, d'ériger la convention privée en une loi proprement dite, mais d'exprimer, d'une façon énergique, le lien qui en résulte entre les parties.

La vérité est, au contraire, que l'interprétation des conventions appartient, en principe, au juge du fait, parce qu'elle constitue, effectivement, une question de fait et de volonté.

« Lorsqu'un tribunal déroge ou paraît déroger à une convention, ce sont nécessairement les circonstances de la cause qui le déterminent à en agir ainsi; car l'exécution, ou la révocation ou l'interprétation des conventions, tout cela est subordonné à la bonne foi ; et les considérations de bonne foi sont de pures questions de fait, qui ne sont pas du ressort de la Cour de cassation. »

Ainsi s'exprime un magistrat éminent, très-autorisé en toutes matières, et notamment en celle-ci, M. Delangle; et le savant Procureur général conclut en ces termes :

« En résumé, pour savoir si l'interprétation des actes, si la violation des contrats donnent ouverture à cassation, il faut distinguer si, d'après les faits constatés par l'arrêt, il y a eu contravention à la loi ; dans ce cas, mais dans ce cas seulement, le recours est ouvert ; dans toute autre hypothèse, il n'y a qu'un simple mal jugé. » (*Encyclopédie du droit*, v° *Cour de Cassation*, chap. III, *Violation de la loi du contrat*, n°s 348 et suiv.)

Telle est aujourd'hui la jurisprudence de la Cour suprême.

C'est d'après les faits constatés par la décision judiciaire qui lui est déferée, qu'elle reconnaît si cette décision a bien appliqué la loi aux clauses de la convention, telles qu'elle les a interprétées elle-même.

Ajoutons, toutefois, que la Cour de cassation ne tolérerait pas une interprétation qui s'écarterait, certainement et évidemment, du vrai sens des clauses de la convention, et qui les *dénaturerait*, sous prétexte de les *interpréter !* (*comp.* notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 171 ; Cass. 4 juin 1849, Flandrin, Dev. 1849, I. 489 ; Merlin, *Répert.*, v° *Cassation*, § 2 ; v° *Substitution fidéicommissaire*, sect. VIII, n° 7 ; et *Quest. de droit*, v° *Propriété littéraire*, § 1 ; Toullier, t. III, n° 193 ; Taulier, t. IV, p. 291 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 563 ; D. Rec. alph., v° *Cassation*, n°s 1567 et suiv. ; v° *Obligation*, n° 651.)

389. — Du principe que les conventions tiennent lieu de loi aux parties qui les ont faites, il faut conclure que c'est, avant tout, d'après la convention elle-même, que doivent être décidées les questions qui peuvent s'élever sur les relations que ces parties ont entendu établir entre elles ; et ce n'est qu'en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la convention, qu'il y a lieu d'appliquer la loi *permissive*, ou plutôt *déclarative*, qui aurait elle-même posé, d'avance, des règles d'interprétation sur l'espèce de convention, dont il s'agit (comp. notre *Traité de la*

Publication, des Effets et de l'Application des lois en général, etc., n° 15; Cass., 14 juill. 1814, Sirey, 1814, I, 279).

390. — Le second alinéa de l'article 1134 n'est, lui-même, qu'une conséquence du premier, lorsqu'il déclare que les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise.

Est-ce que, en effet, les conventions tiendraient lieu de loi aux parties qui les ont faites, si chacune d'elles pouvait, à son gré, s'en départir !

La règle est donc qu'elles ne peuvent pas être révoquées;

Si ce n'est, dit notre texte, que *de leur consentement mutuel;* car il est logique que le même concours des volontés, qui a fait la convention, puisse également la défaire;

Ou *en vertu des causes que la loi autorise;* car la loi, qui forme ce lien, dit Demante, peut, dans certains cas, le relâcher ou le dissoudre (t. V, p. 50); ajoutons que les causes légales de révocation dérivent elles-mêmes du consentement mutuel des parties, qui sont présumées se référer aux dispositions de la loi sur l'espèce de convention, qui intervient entre elles (comp., art. 1184, 1674, 1736, 1759, 1845, 6°, 1871, 1889, 1944, 2003, 2007; et infra, n° 391).

391. — La règle que nous venons de poser, et d'après laquelle les conventions peuvent être dissoutes par le consentement mutuel des parties, mais ne peuvent être dissoutes que par leur consentement mutuel, cette règle, disons-nous, comporte deux exceptions.

D'une part, il est des cas où la convention ne peut pas être dissoute, même par le consentement mutuel des parties; telles sont les conventions matrimoniales, qui sont irrévocables (art. 1394, 1395, 1443);

Et, d'autre part, en sens inverse, il est des cas où la convention peut être dissoute par la volonté unilatérale

de l'une des parties seulement (comp. art. 1865, 5°, 2007, et *supra*, n° 390).

392. — Ajoutons qu'il est des contrats, dont la révocation par le consentement mutuel des parties, est, à un certain point de vue, impossible, en ce qui concerne les tiers.

Nous voulons parler des contrats translatifs de propriété, comme la vente.

Les Romains admettaient la dissolution *contraria voluntate*, relativement aux contrats qui se formaient *consensu*, lorsque les choses étaient entières, *re non secuta;* et dans la vente, lorsque le prix n'avait pas été payé ni la chose livrée... *nundum pretio soluto, neque fundo tradito*. (Inst. *Quib mod. toll. obligat.*)

Mais, chez les Romains, la translation de propriété ne s'opérait que sous cette double condition de la tradition de la chose et du payement du prix ;

Tandis que, chez nous, la propriété étant de suite transmise par l'effet du contrat, les choses ne sont plus entières, avant même que le prix ait été payé et la chose livrée; de sorte que le mutuel dissentiment constituerait, à l'encontre des tiers, non pas une dissolution de la première vente, mais une véritable revente.

393. — Enfin, d'après le troisième alinéa de l'article 1134, les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

Cette disposition est générale; et elle s'applique à toutes les conventions; c'est que notre droit français n'a jamais admis la distinction que le droit romain avait faite entre les actions *bonæ fidei* et les actions *stricti juris* (Gaius, *Comm.* IV, § 62; Inst. *de Actionibus*, § 28); distinction dont le principe est étranger à nos institutions.

La bonne foi est l'âme des relations sociales; elle doit régner toujours dans l'exécution des conventions, que les parties ont formées.

Et c'est toujours, en effet, le devoir du juge, *id officio ejus contineri*, d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution, conformément à l'intention des parties, eu égard au but qu'elles se sont proposé d'atteindre.

394. — Aussi, l'article 1135 ajoute-t-il que :

« Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation, d'après sa nature. »

Nous ne faisons que mentionner cette disposition; nous réservant, afin d'éviter des redites, d'y revenir, lorsque nous exposerons, dans la section V, les autres règles, que la loi a posées sur l'*interprétation des conventions*.

395. — Telles sont *les Dispositions générales* sur l'effet commun de toutes les conventions, quel qu'en soit l'objet.

Nous avons à examiner maintenant l'effet particulier des conventions, eu égard à l'objet spécial de chacune d'elles, suivant qu'elles produisent soit une obligation de donner, soit une obligation de faire ou de ne pas faire.

SECTION II.

DE L'OBLIGATION DE DONNER.

Exposition. — Division.

SOMMAIRE.

396. — Quelle est, dans l'intitulé de cette section, et dans l'article 1136, l'acception du mot *donner?*

397. — L'effet de l'obligation de donner doit être examiné à un double point de vue : I. — Entre les parties contractantes; II. — A l'égard des tiers.

396. — Et d'abord, de quelle obligation s'agit-il? en d'autres termes, quelle est l'acception du mot : *donner*, que le législateur emploie?

Nous avons dit déjà que ce mot comporte, dans la langue juridique, trois acceptions différentes, et qu'il signifie :

1° Transférer la propriété à titre gratuit... *donare*, *id est dono dare;*

2° Transférer la propriété, en vertu d'une autre cause.... *dare*, *id est rem accipientis facere;*

3° Enfin, plus généralement, transférer à une personne, l'usage ou la possession d'une chose (art. 1127); c'est ainsi que l'on dit : *donner en gage... donner à bail... cum res utenda datur* (comp. *supra*, n° 303).

Est-ce dans son acception spéciale, que le mot : *donner* est employé dans l'intitulé de cette section et dans l'article 1136; et n'y exprime-t-il que l'obligation qui consiste à transférer la propriété?

Est-ce, au contraire, dans son acception générale, et pour exprimer l'obligation qui consiste à transférer non-seulement la propriété, mais aussi l'usage ou la possession?

La première interprétation a des partisans fort autorisés, qui se fondent sur ce que telle était la terminologie romaine, que notre Code a, suivant eux, sans doute voulu conserver. En effet, dit M. Colmet de Santerre, quand les jurisconsultes romains, dans la définition des obligations, opposaient *dare* à *facere*, ils songeaient aux obligations de transférer la propriété; et en retrouvant, dans les rubriques des sections II et III, la division tripartite des objets d'obligation, *donner, faire ou ne pas faire*, on peut présumer que les rédacteurs du Code ont pris les expressions anciennes dans leur acception ancienne, et qu'ils ont voulu traiter ici de l'obligation de transférer la propriété. La preuve n'en existe-t-elle pas dans l'article 1136, qui porte que l'obligation de *donner* emporte celle de *livrer;* formule inexplicable, si le mot *donner* y était synonyme du mot *livrer*. (T. V, n° 52 *bis*, I; comp. Duranton, t. X, n° 389.)

Nous croyons, malgré ces observations, que la seconde interprétation est la meilleure.

Il n'est pas, comme on vient de le voir, exact de dire que le mot *dare*, chez les Romains, exprimait exclusivement l'obligation de transférer la propriété; il exprimait, aussi, dans une acception plus générale, l'obligation de transférer l'usage; et cette acception s'est conservée dans le style de nos lois et dans les habitudes de notre langage; ajoutons qu'elle est, en effet, plus complète que l'autre, qui est insuffisante. Telle est l'acception du mot *donner* dans l'article 1137; ce qui est un puissant motif de croire qu'elle est la même dans l'article 1136, dont l'article 1137 n'est que le développement.

Et quand on objecte que l'article 1136, ainsi interprété, aboutirait à dire que l'obligation de *livrer* emporte celle de *livrer* la chose, nous pouvons répondre que cette formule était, en réalité, celle de Pothier (n° 141); il est d'ailleurs évident que c'est précisément parce que l'article 1136 renferme une disposition générale, qui s'applique à toutes les acceptions du mot *donner*, qu'il a dû se servir d'une formule aussi générale; or, le mot *livrer* s'applique à toutes les obligations, dont la prestation consiste dans la tradition d'une chose, que le stipulant est autorisé à réclamer contre le promettant. (Comp. Duranton t. X, n° 394; Demante, t. V, n° 52; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 29; *D. Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 674.)

397. — Nous avons à examiner l'effet de l'obligation de donner, à un double point de vue :

I. D'abord, entre les parties contractantes;

II. Ensuite, à l'égard des tiers.

I.

De l'effet de l'obligation de donner, entre les parties contractantes.

398. — Division.

398. — L'article 1136 est ainsi conçu :

« L'obligation de donner emporte celle de livrer la « chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine « de dommages-intérêts envers le créancier. »

Livrer la chose et la conserver jusqu'à la livraison, voilà donc les deux conséquences, qui résultent de l'obligation de donner, et auxquelles il est d'évidence que le débiteur a entendu s'engager ; puisque c'est en cela même que cette obligation consiste !

A. — *De l'obligation de livrer la chose.*

SOMMAIRE.

399. — L'obligation de livrer la chose est le premier et nécessaire effet de l'obligation de donner.
400. — Suite. — Le créancier peut obtenir la livraison réelle de la chose, *manu militari*, lorsque cette livraison est possible.
401. — De quelle manière la livraison de la chose doit-elle être faite?

399. — Il faut que le débiteur livre la chose au créancier ; et c'est à peine, en vérité, s'il était nécessaire de mentionner ce premier effet de l'obligation de donner; car, pour exercer un droit sur une chose, il faut bien que nous l'ayons à notre disposition !

Aussi, cet effet est-il commun à toute obligation de donner, soit qu'elle ait pour objet une chose déterminée dans son individualité, un corps certain, soit qu'elle ait pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce (art. 1129, 1246).

400. — On peut, toutefois, déduire de ces termes de l'article 1136, une conclusion importante, à savoir : que l'obligation de donner implique, de la part du dé-

biteur, la nécessité de remettre effectivement la chose au pouvoir du créancier, et, de la part du créancier, le droit d'obtenir cette exécution effective de l'obligation, en se faisant autoriser par la justice soit à se mettre lui-même en possession de la chose, MANU MILITARI, si elle est un corps certain, soit à se la procurer aux frais du débiteur, si elle est seulement déterminée quant à son espèce.

En quoi l'obligation de donner se distingue de l'obligation de faire ou de ne pas faire, qui, aux termes de l'article 1142, se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

C'est que l'obligation de donner, n'exigeant pas absolument l'intervention de la personne du débiteur, peut être obtenue par la force, malgré son inaction et même malgré sa résistance.

Ce fut là, il est vrai, une question fort agitée parmi les anciens docteurs; plusieurs ont enseigné que le vendeur même d'un corps certain n'était pas tenu de le livrer, et qu'il remplissait suffisamment son obligation, en offrant d'en payer la valeur à titre de dommages-intérêts (comp. Vinnius, Instit. *De empt. vendit. princ.*; et les nombreux auteurs qu'il cite).

Mais cette thèse ne pourrait être plus soutenue aujourd'hui; et il est difficile de comprendre qu'elle ait été admise par la cour de Bruxelles. (9 janv. 1809, Sirey, 1810, 2, 532.)

Objectera-t-on que l'article 1136 ne paraît appliquer d'autre sanction que *la peine des dommages-intérêts* à l'obligation de livrer la chose?

Une telle interprétation serait très-fausse!

D'abord, cette formule de l'article 1136 s'applique aussi à l'obligation de conserver la chose et d'y apporter tous les soins d'un bon père de famille; obligation, en effet, qui ne peut avoir d'autre sanction que la condamnation à des dommages-intérêts, en cas d'inexécution.

Ensuite, la peine des dommages-intérêts est aussi susceptible de s'appliquer à l'obligation de donner : 1° lorsque le débiteur a détruit, par sa faute ou par son fait, le corps certain qui en faisait l'objet; 2° lorsqu'il le cache et que le créancier ne sait où le prendre; 3° lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation de livrer.

Mais il ne résulte pas de là que le créancier ne puisse pas obtenir forcément la livraison de la chose, toutes les fois qu'elle est possible. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 527; Toullier, t. III, n° 64; Massé et Vergé, t. III, p. 363; Duranton, t. X, n°s 393 et 395; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 30; Demante, t. V, n° 53; Larombière, t. I, art. 1137, n°s 4, 5; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 677).

401. — De quelle manière doit être faite, par le débiteur au créancier, cette *livraison* ou délivrance de la chose ?

La réponse dépend de la nature de la convention et des caractères de l'obligation de donner, qui en résulte.

S'agit-il d'une obligation de transférer la propriété.... *rem accipientis facere?* la manière, dont la délivrance doit être faite, est réglée au titre *de la Vente*, par les articles 1604 et suivants et 1689, qui paraissent devoir s'appliquer, en général, par suite de l'analogie des situations, à toute délivrance, qui est faite en vertu d'un titre translatif de propriété.

Et s'il s'agit d'une obligation de donner, en vertu d'un titre non translatif de propriété, la délivrance doit être faite, conformément à la nature de ce titre et aux obligations, qui en résultent; c'est ainsi que, dans le contrat de louage, le bailleur est tenu *de délivrer la chose au preneur, en bon état de réparations de toute espèce* (art. 1720);

Tandis que, dans le contrat de vente, il suffit au vendeur de délivrer la chose à l'acheteur, *en l'état où elle se trouve au moment de la vente* (art. 1614).

B. — *De l'obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison.*

SOMMAIRE.

402. — Que le débiteur soit tenu de conserver la chose jusqu'à la livraison, à peine de dommages-intérêts, c'est là certainement aussi un effet nécessaire de l'obligation, qu'il a prise de la donner.

Mais quels soins devra-t-il apporter à la conservation de la chose? et de quelle espèce de faute sera-t-il responsable envers le créancier?

Tel est l'objet de l'article 1137 :

« L'obligation de veiller à la conservation de la chose, « soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de « l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité « commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter « tous les soins d'un bon père de famille.

« Cette obligation est plus ou moins étendue relative- « ment à certains contrats, dont les effets, à cet égard, « sont expliqués sous les titres qui les concernent. »

Cette disposition nous met en présence d'une théorie célèbre dans le droit privé, à savoir : de la théorie de la prestation des fautes; et c'est, en effet, le moment de l'exposer.

Mais, avant tout, nous ferons deux observations :

403. — C'est d'abord que l'obligation de veiller à la conservation de la chose ne peut évidemment résulter que de l'obligation qui a pour objet un corps certain; car, si l'obligation a pour objet une chose, qui ne soit déterminée que quant *à son espèce*, il serait impossible de dire quels sont les *individus* de cette espèce, que le débiteur doit conserver, puisque aucun d'eux n'y est spécialement compris, et que la perte même, par cas fortuit, de ceux qui appartenaient au débiteur, et qu'il avait l'intention de livrer au créancier, ne le libérerait pas, tant que la livraison n'en aurait pas été faite. (Art. 1245, 1302.)

A ce point de vue donc, l'obligation de *conserver*, n'est pas aussi générale que l'obligation de *donner* (comp. *supra*, n° 399).

404. — Notre seconde observation, c'est que, à un autre point de vue, au contraire, l'article 1137 comporte une étendue d'application plus grande que l'article 1136.

En effet, quoique l'article 1137, par la section dans laquelle il est placé et par ses termes mêmes, semble ne se référer qu'à l'obligation *de donner*, il ne faut pas hésiter à dire que la règle, qu'il établit sur la prestation des fautes, est générale, et qu'elle s'applique à toutes les obligations qui dérivent des contrats, quel qu'en soit l'objet, donner, faire ou même ne pas faire; et non-seulement aux obligations qui dérivent des contrats, mais encore aux obligations qui dérivent des quasi-contrats.

La théorie de la prestation des fautes a toujours eu ce caractère de généralité; or, c'est l'article 1137, qui est,

dans notre Code, le siége de cette théorie ; et nulle part, ailleurs, en effet, le nouveau législateur n'a établi, sur ce sujet, d'autres règles ; donc, nous devons considérer qu'il a, suivant les traditions anciennes, résumé, dans l'article 1137, toute la doctrine *des fautes contractuelles,* en prenant ces mots dans un sens large, qui comprend les contrats et les quasi-contrats.

Blondeau a très-bien posé cette thèse :

« Lorsqu'une personne, dit-il, détient des choses, qui appartiennent ou qui sont dues à autrui, ou lorsqu'elle gère une affaire, qui n'est pas exclusivement la sienne, à quel degré de soin cette personne est-elle assujettie ? » (*Thémis*, t. II, p. 349.)

Tels sont aussi les termes dans les quels nous allons entreprendre de l'examiner.

405. — A cet effet, il est nécessaire d'exposer la doctrine, que les anciens jurisconsultes avaient fondée sur les textes du droit romain, et qui a régné, pendant plusieurs siècles, dans notre jurisprudence française, où elle était encore prédominante, à l'époque de la promulgation du Code ; aussi bien, serait-il impossible, sans cette exposition, de comprendre exactement les articles que le Code a consacrés à cette matière.

Or, d'après cette doctrine, on distingue trois sortes ou trois degrés de fautes : *la faute lourde*, *la faute légère*, et *la faute très-légère ;* et la responsabilité, qui en résulte, est appréciée, suivant les cas, tantôt *in abstracto,* tantôt *in concreto.*

La faute lourde, *lata culpa*, consiste dans cette négligence extrême, que l'homme le moins soigneux ne commet pas dans ses propres affaires ; c'est le défaut d'attention, qui devient un défaut de bonne foi.... *non intelligere quod omnes intelligunt !* (L. 213, § *ult. ;* L. 223 ff. *de Verbor. signif.*) ; elle est, quant à la responsabilité civile, assimilée au dol, dont elle ne diffère que par l'intention de nuire, qui est dans le dol et qui n'est pas dans la

faute, (L. I, § 1, ff. *Si mensor fals. mod. dixerit.;* L. 7, ff. *ad leg. Cornel. de sicariis*).

La faute légère, *levis culpa*, est celle qui n'aurait pas été commise par un père de famille doué de cette intelligence commune, qui est le partage du plus grand nombre : *homo diligens et studiosus pater familias* (L. 25, princ., ff. *de Probat.*).

Enfin, la faute très-légère, *levissima culpa*, (L. 44, ff. *ad leg. Aquiliam*) est celle qui n'aurait pas été commise par une personne très-soigneuse, *diligentissimus pater familias* (L. 18, princ., ff. *Commodati;* L. I, § 4, ff. *de Obilgat. et act.*).

Pour appliquer ces trois sortes de responsabilités, on distingue les différentes espèces de contrats ou de quasi-contrats.

S'agit-il d'un contrat, qui ne concerne que l'utilité du créancier? le débiteur n'est tenu que de la faute lourde; ainsi, du dépositaire (Inst. *Quib. mod. re contrah. obligat.*, § 3).

Le contrat concerne-t-il, au contraire, l'utilité commune du créancier et du débiteur? c'est de la faute légère, que le débiteur est tenu; telle est la responsabilité du vendeur, qui n'a pas encore fait la tradition de la chose, du créancier qui reçoit un gage, du locataire, qui détient la chose louée (L. 34, ff. *De act. empt.*; L. 15, § 1 *De pignorat. act.;* L. 5, *Locati*).

Et si le contrat ne concerne que l'utilité du débiteur, (hypothèse inverse de la première, où le contrat ne concerne que l'utilité du créancier), le débiteur est tenu de la faute très-légère; ainsi de l'emprunteur, dans le contrat de prêt à usage. (Inst. *Quib. mod. re contrah. obligat.*, § 2.)

Telle était l'ancienne doctrine, que l'on avait édifiée sur un assez grand nombre de textes romains, et notamment sur les lois 5, § 2, *Commodati* et 23 *de Regulis. juris*.

Pothier l'enseigne; mais il convient *qu'elle reçoit néanmoins beaucoup d'exceptions.*

Assurément oui! et il faut ajouter que ces exceptions sont d'une explication très-difficile; à ce point qu'elles ébranlent la règle elle-même.

Pourquoi, par exemple, le mandataire est-il, on en convient, responsable de la *faute légère?* (L. 23, *de Regul. jur.*; L. 13, Cod., *Mandati*). Le mandat ne concernant que l'utilité du mandant, le mandataire ne devrait être tenu que de la faute lourde, comme le dépositaire; et quand, pour justifier la différence, on répond que *le mandat étant une chose qui, par sa nature, exige un certain soin, la partie qui l'entreprend, est censée se charger d'y apporter le soin nécessaire : « spondet diligentiam gerendo negotio parem* (Pothier), il est tout simple de répliquer que cette raison serait aussi vraie pour d'autres encore, et notamment pour le dépositaire, duquel on serait de même autorisé à dire qu'en acceptant la garde de la chose déposée, il est censé promettre toute la vigilance qu'elle exige!

Une objection du même genre pourrait être faite, en ce qui concerne le quasi-contrat de gestion d'affaires et la tutelle.

La vérité est que cette division tripartite des fautes n'existait pas dans les lois romaines; et Ducaurroy, qui l'a prouvé, ajoutait, avec beaucoup de justesse, que la distinction des responsabilités, que les interprètes en ont déduite, *est trop systématique pour être parfaitement vraie!* (T. III, n° 1070, Inst. *De societate*, § 9.)

Aussi, déjà, dans notre ancien droit, avait-elle été l'objet de vives attaques. (Comp. Doneau, *Comment. juris. civ.*, lib. XVI, chap. 7 et 13; Thomassin, *De usu pratico doctrinæ culparum præstatione in contractibus*).

Lebrun, notamment, l'avait combattue dans son *Essai sur la prestation des fautes*, qui fournit à Pothier l'occasion d'exposer encore cette doctrine, dans une *Observa-*

tion générale, qui termine son *Traité des obligations,* et où il reconnaît que la dissertation de Lebrun est *très-ingénieuse et très-savante,* quoique elle ne l'ait pas convaincu ; *ce qu'il faut pardonner,* dit-il en termes modestes et touchants, à *un vieillard, à qui il n'est pas facile de se départir de ses anciennes idées.*

406. — Telle était, sur la prestation des fautes contractuelles, la doctrine ancienne, debout encore, il est vrai, mais déjà chancelante, lorsque les rédacteurs du Code eurent à s'en occuper.

Qu'en ont-ils fait?

Les opinions sont, à cet égard, très-divergentes :

a. — D'après Toullier, notre Code a complétement abrogé la théorie des anciens interprètes ; et le débiteur est aujourd'hui toujours responsable de toute espèce de faute, même de la plus légère; l'auteur invoque, en ce sens, la première partie de l'article 1137, qui prononce, dit-il, cette abrogation; c'est ce qui lui paraît aussi résulter des articles 1147 et 1148, qui n'exonèrent le débiteur que de la responsabilité des cas fortuits ou de force majeure; et telle est encore, suivant lui, la conséquence des articles 1382 et 1383, qui étendent la responsabilité même à une simple négligence ou à une imprudence (t. III, nº 282).

Mais cette doctrine est évidemment inadmissible : soit parce qu'elle ne tient aucun compte de la seconde partie de l'article 1137, et des articles 1374, 1927, 1928, 1992, qui y résistent absolument ; soit parce que cette responsabilité inexorable serait d'une rigueur, ou plutôt d'une iniquité manifeste. Comment! le dépositaire serait responsable de ce léger défaut de vigilance, que le déposant aurait, très-probablement, commis lui-même, s'il avait conservé la chose ! singulière récompense de sa peine ! et Blondeau certes a pu dire que le déposant, en invoquant cette responsabilité, s'enrichirait aux dépens du dépositaire ! (*Thémis*, t. III, p. 358.) —

C'est d'ailleurs confondre deux ordres de principes différents que de transporter, dans notre thèse, qui ne concerne que les contrats et les quasi-contrats, c'est-à-dire les *actes licites*, les articles 1382 et 1383, qui ne concernent que les délits et les quasi-délits, c'est-à-dire les *actes illicites*.

Plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.

C'était l'observation de Justinien (Inst. § 2, *De pœna temere litigant*); et elle est toujours juste ; car les articles 1382 et 1383, chez nous, de même que la loi *Aquilia*, chez les Romains, ne régissent que la responsabilité des dommages illicites.

407. — *b.* Voici maintenant que, dans un sens tout opposé, d'autres jurisconsultes enseignent que notre Code a conserver complétement l'ancienne doctrine, avec sa division tripartite des fautes (Comp. Proudhon, *Traité de l'Usufruit,* t. III, nos 1494 et suiv.; Duranton, t. X, nos 396 et suiv.).

Ils se fondent sur la seconde partie de l'article 1137, et sur plusieurs articles, que nous venons de citer, et qui s'y réfèrent, disent-ils, évidemment.

Mais ce système ne nous paraît pas plus admissible que l'autre; car si celui-ci sacrifie la seconde partie de l'article 1137 à la première, celui-là sacrifie la première partie à la seconde; et Duranton ne fait même aucune difficulté d'en convenir : « *Le véritable principe de la matière,* dit-il, *se trouve donc, non dans la première partie de l'article, mais dans la seconde, qui paraît cependant n'être qu'une modification de l'article lui-même.* » (*Loc. supra*, n° 408.)

Eh! sans doute, la seconde partie de l'article 1137 n'est qu'une modification de la première; ou plutôt elle n'est qu'une explication de la première, c'est-à-dire de celle qui pose le principe fondamental de cette matière; aussi les déclarations formelles des nouveaux lé-

gislateurs ne permettent pas de douter qu'ils ont voulu, en effet, abroger l'ancienne doctrine, avec sa division symétrique des trois degrés de fautes (comp. *infra*, n° 411).

408. — *c*. D'après le troisième système, notre Code ne reconnaît que deux espèces de fautes; à savoir : la faute grave, qu'il faut apprécier, eu égard à la diligence considérée *in concreto;* et la faute légère, qu'il faut apprécier, eu égard à la diligence considérée *in abstracto*.

C'est la doctrine, qui a été proposée par Alban-d'Hautuille, d'après la savante étude de M. Hasse, professeur à l'Université de Kœnisberg, *sur la prestation des fautes*, dont il a entrepris de faire *l'application au droit français actuel,* l'application, disons-nous, systématique et absolue! (comp. *Revue de législat.*, t. XI, p. 269 et 342; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 361-399; *de la Société*, t. II, n°s 547 et suiv.; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 499).

Mais cette entreprise était périlleuse; et nous ne croyons pas qu'il ait réussi.

Comment expliquer, par exemple, dans ce système, que le tuteur ne soit tenu que de la diligence *in concreto*, tandis que le fermier ou l'emprunteur serait tenu de la diligence *in abstracto*, quand on voit trois articles de notre Code exiger, dans les mêmes termes, la diligence *d'un bon père de famille*, du tuteur, du fermier, et de l'emprunteur! (art. 450, 1728, 1880; comp. notre *Traité de la Minorité*, *de la Tutelle*, etc., t. II, n°s 118-122).

Et puis, à n'admettre théoriquement que ces deux termes de la diligence *in abstracto* et de la diligence *in concreto*, n'est-il pas clair qu'on peut aboutir à des impossibilités d'application pratique, si, dans tel cas où la diligence devrait être appréciée *in concreto*, le type relatif et individuel de la comparaison vient à

manquer! comment apprécier, par exemple, la diligence *in concreto*, relativement à l'administration de l'immeuble d'autrui par un mandataire ou un gérant d'affaires, si ce mandataire ou ce gérant n'a pas lui-même d'immeubles?

409. — *d.* Il est une autre doctrine, qui se rapproche beaucoup de celle que nous venons d'exposer, sans toutefois s'y confondre absolument.

D'après elle, la première partie de l'article 1137 détermine le *maximum* de la vigilance qui peut être exigée du débiteur; c'est celle d'un *bon père de famille;* la faute, dans ce cas, est appréciée *in abstracto;*

Tandis que la seconde partie admet un *minimum*, d'après lequel la responsabilité, qui ne peut jamais aller au delà du *maximum*, peut ne pas aller aussi loin; c'est alors qu'elle est appréciée *in concreto,* par comparaison avec les soins que le débiteur prend habituellement de ses propres affaires; d'où l'on induit que, à supposer que la diligence exigée par le premier alinéa de l'article 1137, corresponde à la faute légère *in abstracto* des anciens interprètes, les modifications autorisées par le second alinéa peuvent bien avoir pour résultat de ne rendre le débiteur responsable que de la faute légère *in concreto* (art. 1927), ou de la faute lourde (art. 804), mais non de le rendre responsable de la faute très-légère (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 67, 68; Larombière, t. I, art. 1137, n° 4).

410. — Mais cette distinction est combattue par M. Colmet de Santerre, qui la signale comme contraire au texte de l'article 1137, et comme étrangère au Code Napoléon, sauf le cas exceptionnel du dépôt, dans l'article 1927.

L'article 1137, dans son premier alinéa, dit-il, exige, dans tous les contrats, cette diligence *in abstracto,* avec laquelle un bon père de famille veille sur sa propre chose: voilà la règle; et il ne se peut pas que cette règle soit

immédiatement détruite par le second alinéa du même article!

Or, c'est ce qui arriverait pourtant, s'il résultait de ce second alinéa que les juges peuvent prendre un terme de comparaison autre que la diligence d'un bon père de famille ;

Donc, tel n'est pas le sens de cet alinéa ; et ce serait violer la règle posée par l'article 1137, que d'autoriser les juges à dégager le débiteur de toute responsabilité, parce qu'il aurait eu, *in concreto*, pour la chose due, les mêmes soins qu'il avait pour sa propre chose, si d'ailleurs il n'avait pas eu, *in abstracto*, pour cette chose, les soins *d'un bon père de famille.*

Seulement, comme dans l'appréciation de la diligence d'un bon père de famille, c'est-à-dire dans la détermination du point de comparaison, il y a place à un large arbitraire, la loi autorise le juge à une plus grande indulgence; et elle lui permet de prendre pour modèle, dans certains cas, un propriétaire un peu moins diligent que dans certains autres (comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 54 *bis*, I).

411. — Telle est l'histoire des longues controverses, qui, depuis les premiers temps du droit privé jusqu'à notre époque, n'ont pas cessé d'être agitées sur cette matière; et il serait permis de dire que l'incertitude et la confusion, qui les accompagnent, ne sont pas moins grandes aujourd'hui qu'autrefois!

Il ne faut pas s'en étonner!

S'il est une thèse où l'empire du fait prédomine, et qui relève de l'appréciation discrétionnaire des magistrats, c'est bien cette thèse de la *prestation des fautes!*

Et, tout au contraire, que venons-nous de voir?

C'est que nulle matière n'a été peut-être soumise à un système plus symétrique ; or, il était impossible que ce désaccord entre la nature essentielle du fait et la théorie juridique, destinée à le régler, ne devînt pas la source de

beaucoup de subtilités. Ce n'est pas que cette théorie n'ait une apparence spécieuse; mais ce n'est là, en effet, qu'une apparence! il est manifeste que sa division tripartite des fautes, correspondant à son tarif, arrêté *a priori*, des trois degrés de responsabilité, n'était que nominale! ce point de comparaison, d'après lequel il fallait mesurer la responsabilité, suivant qu'il y avait eu faute lourde, faute légère, ou faute très-légère, à qui appartenait-il de le déterminer souverainement, si ce n'est au juge du fait, qui pouvait, d'après les circonstances, comme aussi eu égard à son caractère personnel et à ses habitudes particulières, se faire une idée plus ou moins sévère d'un bon père de famille !

C'est ce que les rédacteurs du Code ont compris avec ce bon sens pratique, qui les distingue.

« Cette division des fautes, disait M. Bigot-Préameneu, « est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique; il n'en « faut pas moins, sur chaque faute, vérifier si l'obligation « du débiteur est plus ou moins stricte; quel est l'in- « térêt des parties; comment elles ont entendu s'obliger; « quelles sont les circonstances. Lorsque la conscience du « juge a été ainsi éclairée, il n'a pas besoin de règles gé- « nérales pour prononcer suivant l'équité; la théorie, « suivant laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, « sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une « fausse lueur, et devenir la matière de contestations plus « nombreuses; l'équité elle-même répugne à ces idées « subtiles; on ne la reconnaît qu'à cette simplicité, qui « frappe à la fois l'esprit et le cœur. » (*Exposé des motifs*, Locré, t. XII, p. 427; ajout. Favard, *Rapport au Tribunat*, *eod. loc.*, p. 431, 432).

En conséquence, ils ont abrogé l'ancienne doctrine; ils l'ont, disons-nous, abrogée, dans ce qu'elle avait de subtil et de scolastique, avec sa prétention de tarifer d'avance toutes les responsabilités diverses; c'est la première partie de l'article 1137, qui décide que le débi-

teur doit apporter à la chose *les soins d'un bon père de famille.*

Mais, en même temps, ils ont reconnu que l'application de ces responsabilités ne saurait être soumise à une mesure toujours identique ; et ils ont laissé aux magistrats le soin d'apprécier les considérations, d'après lesquelles la gradation pourrait en être mesurée ; c'est la seconde partie de l'article 1137 ; et on ne saurait douter qu'ils ont ainsi conféré aux magistrats le pouvoir de tenir compte de la nature des différents contrats ou quasi-contrats. Voilà ce qui peut expliquer comment plusieurs articles se réfèrent encore aux distinctions de la doctrine ancienne ; il se peut, il est vrai, que quelques-uns de ces articles aient été conservés par *inadvertance* (*Thémis,* t. II, p. 357); il n'était guère possible, en effet, d'espérer que le nouveau législateur songerait toujours à effacer toutes les traces de cette tradition, qui avait jeté de si profondes racines ; mais ces articles peuvent aussi s'expliquer par l'intention que les auteurs du Code auraient eue d'attribuer aux magistrats un pouvoir discrétionnaire, pour apprécier, même d'après les distinctions anciennes, les divers degrés de responsabilité (comp., art. 450, 601, 804, 1374, 1624, 1806, 1728, 1850, 1927, 1928, 1992, 2080).

« Nous croyons, dit Blondeau, que, en s'abstenant de « consacrer l'ancienne division des trois degrés de fautes, « le législateur a seulement voulu abandonner au juge « l'appréciation des circonstances, en raison desquelles on « peut exiger une diligence ou supérieure ou moindre. » (*Thémis, loc. supra cit.,* p. 369.)

Cette conclusion est notable de la part d'un jurisconsulte, qui fut certainement l'un de nos théoriciens les plus profonds.

Ce que l'on pourrait dire en thèse générale, c'est que notre Code, disposant, dans la première partie de l'article 1137, que le débiteur doit montrer, dans tous les cas, les

soins d'un bon père de famille, admet, en principe, que la diligence doit être appréciée *in abstracto*, et qu'il rejette la doctrine, d'après laquelle elle pouvait être, suivant les cas, appréciée *in concreto;* un seul article paraît admettre ce dernier mode d'appréciation; c'est l'article 1927, qui n'exige du dépositaire, dans la garde de la chose déposée, que les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses, qui lui appartiennent; et cette disposition peut s'expliquer par le caractère du contrat de dépôt, dans lequel le dépositaire, s'engageant seulement à garder la chose déposée et à la mettre avec les choses, qui lui appartiennent, est présumé promettre seulement les mêmes soins pour l'une que pour les autres.

Nous croyons, en effet, que cette thèse sera exacte, si l'on se borne à en déduire que le débiteur, qui aurait manqué, pour la chose d'autrui, des soins d'un bon père de famille, *in abstracto*, ne devrait pas être affranchi de la responsabilité, parce qu'il en aurait manqué, *in concreto*, pour sa propre chose.

Mais supposons le cas inverse, et que le débiteur, qui s'est montré soigneux pour sa propre chose, *in concreto*, se montre moins soigneux pour la chose d'autrui; pourra-t-on l'affranchir de toute responsabilité, en alléguant qu'il n'en a pas moins eu, pour cette chose, les soins d'un bon père de famille, *in abstracto?* cela ne nous paraîtrait pas possible; et par exemple, nous ne voudrions pas exonérer de toute responsabilité le tuteur, qui donnerait à sa propre chose plus de soins, qu'il n'en donnerait à la chose de son pupille! c'est une question diversement résolue, que celle de savoir si le tuteur, qui n'a pas fait assurer les biens du mineur, doit être déclaré responsable, en cas de sinistre (comp. Grun et Joliat, *des Assurances*, n° 70; Persil, n° 138); or, ce sera, suivant nous, l'une des raisons les plus graves pour le déclarer responsable, si, n'ayant pas fait assurer les biens du mineur, il a fait assurer ses propres biens!

Nous savons que l'on peut répondre que le juge, en cas pareil, pourra se faire une idée plus sévère de ce type, qu'on appelle *le bon père de famille*, et qu'il sera possible d'atteindre ainsi le tuteur, tout en restant fidèle à la théorie, qui n'exige jamais du débiteur que les soins d'un bon père de famille, *in abstracto*.

A la bonne heure!

Mais ceci prouve de plus en plus que toute cette matière ne soulève, à vrai dire, que des questions de fait.

Telle sera notre conclusion, la plus sûre, et certainement la plus pratique! (comp. Cass., 2 juil. 1867, Gilbert, le *Droit* du 3 juill. 1867; notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc. t. II, nos 118 à 121; et notre *Traité des Successions*, t. III, n° 236; Taulier, t. IV, p. 294, 295; D. *Rec. alph.* v° *Obligations*, n° 686).

412. — Il y a, toutefois, une hypothèse, où le Code a tranché lui-même, législativement la, question de responsabilité.

C'est celle de l'article 1882 :

« Si la chose prêtée périt par cas fortuit, dont l'em-
« prunteur aurait pu la garantir, en employant la sienne
« propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des
« deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de
« l'autre. »

C'est qu'il s'agit d'un fait précis, dont il était possible de régler, d'avance et uniformément, la conséquence; nous verrons, lorsque le moment sera venu, que le législateur nouveau l'a réglée suivant les traditions anciennes, et que, si sévère que puisse paraître cette solution, elle n'est que rigoureusement juste (comp. L. 5, § 4 ff. *Commodati; Pauli sententiæ*, lib. II, tit. 4, n° 2; Pothier, *du Prêt à usage*, n° 56).

C. — *A quel moment la propriété est-elle transférée du débiteur au créancier?*

SOMMAIRE.

413. — Nous venons d'exposer le double effet que l'obligation de donner produit entre les parties contractantes, à savoir : l'obligation de livrer la chose, et l'obligation de la conserver jusqu'à la livraison (*supra*, n° 398).

Deux points importants nous restent à résoudre, entre les parties contractantes, relativement à l'effet de l'obligation de donner, savoir :

A quel moment la propriété est-elle transférée du débiteur au créancier?

A quel moment la chose est-elle aux risques du créancier?

Tel est l'objet de l'article 1138 :

« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le « seul consentement des parties contractantes.

« Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à « ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore « que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le « débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas, « la chose reste aux risques de ce dernier. »

Rédaction singulière et presque énigmatique, qui ne peut être expliquée que par le secours de l'histoire et qui

produirait, si on voulait la prendre à la lettre, des conséquences tout à fait fausses!

C'est ce que nous allons bientôt reconnaître.

414. — A. — Et d'abord, à quel moment la propriété est-elle transférée, dans celles des conventions, bien entendu, qui sont translatives de propriété et qui ont pour objet un corps certain? (*Supra*, n° 403.)

Nous ne voulons, en ce moment, résoudre cette question que dans les rapports respectifs des parties contractantes; voilà pourquoi nous serons très-bref, nous réservant d'exposer bientôt à quel moment et sous quelles conditions la propriété est transmise à l'égard des tiers; car si ces deux aspects de notre thèse, la translation de la propriété entre les parties et la translation de la propriété à l'égard des tiers, ne se confondent pas absolument, la vérité est qu'ils se rapprochent boucoup l'un de l'autre! est-ce que, en effet, la propriété n'est pas un droit absolu, *erga omnes!*

Qu'il nous suffise donc, en ce qui concerne les parties contractantes, d'annoncer que la translation de la propriété s'opère par l'effet même de la convention, indépendamment de la tradition, pour les meubles, et de la transcription, pour les immeubles (comp. art. 1583).

Cette règle est généralement reconnue; nous l'avons trouvée, déjà, dans l'article 711 (comp. notre *Traité des Successions*, *Dispositions générales*, t. I, n° 2).

Et la voici encore écrite dans la première partie de l'article 1138 :

« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul « consentement des parties contractantes.

« Elle rend le créancier propriétaire.... »

415. — Cet article, toutefois, n'a pas été compris de la même manière par tous les interprètes; et, quoique d'accord sur la règle qu'il consacre, on s'est divisé sur le sens que le législateur a voulu y attribuer.

D'après plusieurs jurisconsultes, le premier alinéa si-

gnifierait que l'obligation est formée par le seul consentement des parties, comme on dit, en droit romain, des contrats consensuels, qu'ils sont formés *solo consensu*, en ce sens qu'ils engendrent l'obligation pour *le débiteur* de faire *au créancier* la tradition de la chose, afin de lui en transférer la propriété.

Ce premier alinéa ne ferait donc que consacrer une règle de droit ancien ;

Et ce qui serait seulement de droit nouveau, c'est le second alinéa, qui ajoute que l'obligation de livrer la chose *rend le créancier propriétaire, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite* (comp. Delvincourt, t. II, p. 240; Toullier, t. III, nº 202; Duranton, t. X, nºs 417, 418; Demante, t. V, nº 55).

416. — Mais cette interprétation est tout d'abord démontrée inadmissible, soit par la place que l'article 1138 occupe dans la distribution des matières de notre titre, soit par ses termes mêmes.

De quoi s'agit-il dans le chapitre III, où se trouve placé l'article 1138? il s'agit *de l'effet des obligations;* c'est-à-dire que le législateur, supposant désormais l'obligation valablement formée, ne règle ici que ses effets; et très-justement, sans doute! car il a réglé, dans le chapitre précédent, toutes les conditions essentielles pour sa formation; et ce serait un hors-d'œuvre très-inutile d'y revenir! très-inutile, et, en outre, très-incomplet; car ce n'est pas seulement l'obligation de *donner*, qui se forme par le seul consentement des parties contractantes; c'est encore l'obligation de faire ou de ne pas faire!

Ajoutez qu'il a fallu, dans l'interprétation que nous combattons, faire de grands changements au texte lui-même! ce n'est pas, a-t-on dit, l'obligation qui peut rendre le créancier *propriétaire*, et lui transférer un *jus in re;* l'obligation ne peut le rendre que *créancier*, et lui transférer seulement un *jus ad rem:* c'est la *con-*

vention qui, seule, peut lui transférer la propriété. Il a fallu, en conséquence, changer le texte de la loi ; et l'on a substitué le mot *convention* au mot *obligation*.

Mais ce premier changement en nécessitait lui-même un autre ; car ce n'est pas la convention de LIVRER *une chose*, qui peut être translative de propriété ; la convention de louage impose au bailleur l'obligation de *livrer* la chose au preneur, et elle ne rend pas le preneur propriétaire.

On s'est donc trouvé amené à une seconde modification du texte et à lui faire dire : *la convention de donner*, au lieu de *l'obligation de livrer*.

Et encore, malgré cette double altération, était-il toujours impossible d'expliquer ces mots de l'article 1138, d'après lesquels l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire .... *dès l'instant où elle a dû être livrée;* car le terme ne suspend pas l'existence de l'obligation ! (art. 1185 ; comp. *infra*, n° 417).

Aussi, voyant là encore une troisième inexactitude, on a remplacé les mots de la loi par ceux-ci : *dès l'instant où est née l'obligation de donner*.

Et voilà comment l'article 1138 a été tourmenté et mutilé par cette première interprétation !

Ce seul exposé suffirait pour démontrer qu'elle n'est pas exacte ; et nous allons reconnaître, en effet, que, pour avoir le vrai sens de cet article, il faut en maintenir, au contraire, très-exactement le texte.

La relation d'idées, qui unit l'article 1138 aux deux articles précédents, 1136 et 1137, prouve que c'est bien de l'*obligation de livrer*, qu'il s'occupe.

Dans l'article 1136, le législateur annonce que l'obligation de *donner* une chose, emporte celle de la *livrer* et de la *conserver* jusqu'à la livraison.

Puis, dans l'article 1137, il règle l'effet de l'obligation *de conserver;*

Et dans l'article 1138, il règle l'effet de l'obligation *de livrer*.

Voilà l'enchaînement de nos textes; d'où il résulte que le mot : *livrer*, dans l'article 1138, ne doit pas être remplacé par le mot : *donner*, et qu'il signifie l'obligation de *faire la livraison, la tradition.*

Et ce sens du mot : *livrer*, étant une fois déterminé, il en résulte aussi que le mot : *parfaite*, dans l'article 1138, ne peut pas vouloir dire que l'obligation de *livrer* est *formée!* ce qui serait un non-sens, puisque cette obligation est considérée comme un effet de la convention, dont la formation parfaite est, par cela même, évidemment présupposée!

Tout autre est donc, dans l'article 1138, le sens du mot : *parfaite*; ce qu'il signifie, c'est que l'obligation de livrer est considérée comme *accomplie*, comme *exécutée*, par le seul consentement des parties contractantes (comp. art. 938, 1583).

Cette interprétation, à laquelle l'analyse grammaticale de notre texte nous conduit forcément, est, d'ailleurs, confirmée par les traditions historiques, qui dominent toute cette matière.

Le principe de notre ancien droit français était bien, il est vrai, conformément au droit romain, que la convention n'était point, par elle-même, translative de propriété, et qu'il fallait, en outre, *la tradition*; mais ce principe avait été singulièrement énervé, dans la pratique; on se contentait de la tradition *feinte*; c'est-à-dire que l'on insérait dans les contrats, et notamment dans les contrats de vente, une clause par laquelle le vendeur déclarait se dessaisir de la possession de la chose pour en saisir l'acheteur; l'acheteur, de son côté, s'en déclarait saisi; et cette clause de *dessaisine-saisine*, qui était devenue de style, opérait la *tradition fictive*, qui tenait lieu de la tradition *réelle*, et accomplissait, à sa place, la translation de propriété.

Argou, dans ses *Institutions au droit français*, est, sur ce point, fort explicite.

« Comme, parmi nous, dit-il, on met toujours une clause, dans les contrats de vente, par laquelle le vendeur se dépouille et se démet de la propriété et de la possession de la chose vendue pour en saisir l'acquéreur, ce qu'on appelle *tradition feinte*, dès le moment que le contrat est parfait et accompli, tous les droits, qui appartiennent au vendeur, passent en la personne de l'acquéreur; *de sorte que, si le vendeur était propriétaire, l'acquéreur devient aussi propriétaire.* » (T. II, p. 243; comp. Pothier, *des Obigat.*, n° 151; et *de la Vente*, n° 321.)

Ainsi, dès ce temps même, la propriété était véritablement transmise par le seul effet de la convention; mais comme les esprits étaient encore imbus de cette idée, que la tradition était nécessaire, on continuait d'y donner une certaine satisfaction par ces clauses de *dessaisine-saisine*, d'où résultait la tradition feinte; c'était, dans la matière des *Conventions*, le même phénomène juridique, qui avait produit, dans la matière *des Successions*, la maxime : *le mort saisit le vif* (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 126);

Et nous l'avons aussi constaté dans la matière des *Donations entre-vifs* (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n°s 225-227).

Tel était donc notre ancien droit, dans son dernier état, ayant toujours maintenu, en principe, la nécessité de la tradition, mais l'ayant véritablement supprimée en fait.

Eh bien! les rédacteurs du Code Napoléon ont fait de même; et c'est là que se trouve l'explication de la formule obscure, et qui paraît énigmatique, de l'article 1138.

L'obligation de *livrer*, c'est-à-dire la nécessité de *la tradition*, les rédacteurs de notre Code la maintiennent; ou, du moins, ils en supposent le maintien!

Et puis, tout aussitôt, ils ajoutent que cette obligation de *livrer* est *parfaite*, c'est-à-dire qu'elle *est accomplie*,

consommée par le seul consentement des parties contractantes.

C'est encore l'ancienne doctrine, sauf, pourtant, que le nouveau législateur supprime la nécessité des clauses de *dessaisine-saisine*, que l'on insérait autrefois dans les contrats; il la supprime, ou plutôt même peut-être, il suppose, de plein droit, que ces clauses y sont toujours insérées !

Les travaux préparatoires ne laissent, à cet égard, aucun doute :

« C'est le consentement qui rend parfaite l'*obligation de livrer*, disait M. Bigot-Préameneu; il n'est donc pas besoin de *tradition réelle*, pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire. » (Fenet, t. XII, p. 230.)

M. Portalis n'était pas moins explicite, sur l'article 1583, du titre *de la Vente :*

« On décide, dans le projet, que *la vente est parfaite, quoique la chose vendue n'ait pas été livrée*... Dans les premiers âges, il fallait la tradition, l'occupation *corporelle*, pour consommer le transfert de propriété; ...Dans les principes de notre droit français, le *contrat suffit ;* le contrat est *consommé,* dès que la foi est donnée; le système du droit français est plus raisonnable que celui du droit romain; il est encore plus favorable au commerce, et rend possible ce qui ne le serait souvent pas, si LA TRADITION MATÉRIELLE *était nécessaire pour rendre la vente parfaite.* »

Et l'orateur ajoutait cette phrase particulièrement décisive :

« *Il s'opère, par le contrat, une sorte de* TRADITION CIVILE, *qui consomme le transport des droits, et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle.* » (Fenet, t. XII, p. 230, et t. XIII, p. 112, 113.)

De ce qui précède il résulte que, sous cette formule abstraite, l'article 1138 consacre définitivement le principe de la translation immédiate de la propriété par la

convention; il ne serait donc plus exact de dire aujourd'hui que l'on s'oblige à transférer la propriété; en effet, s'obliger à la transférer, c'est la transférer, par cela même instantanément, lorsque d'ailleurs, le promettant est lui-même propriétaire de la chose, qui fait l'objet du contrat.

Et voilà de quelle manière ce grand principe de la société moderne a été introduit dans notre Code, timidement, presque subrepticement, par une sorte de détour, qui rappelle les procédés à l'aide desquels les Préteurs corrigeaient l'ancien droit civil romain! (comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 494 et suiv.; Marcadé, art. 1138; Colmet de Santerre, t. V, n° 55 *bis*, III).

417. — L'interprétation, que nous venons de fournir de l'article 1138, est la seule aussi que puisse expliquer ces mots du texte, d'après lesquels l'obligation de livrer rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques, *dès l'instant où elle a dû être livrée*.

Ces mots, en effet, pris dans le sens naturel, qu'ils semblent, à première vue, présenter, signifieraient que la translation de propriété, qui s'opère immédiatement dans le cas d'une obligation sans terme, ne s'opérerait, au contraire, dans le cas d'une obligation avec terme, qu'après l'échéance, et que c'est le débiteur, qui continuerait, jusque-là, d'être propriétaire.

Mais cette acception est impossible; elle violerait, en même temps que les principes les plus élémentaires, tous les articles de notre Code : et l'article 1185, qui porte que le terme ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution, et d'où il résulte que le terme ne fait pas plus obstacle à la naissance du droit de propriété qu'à la naissance du droit de créance; — et l'article 1583, d'où il résulte que la propriété est acquise à l'acheteur par l'effet de la vente, quoique la chose n'ait pas été livrée, et sans aucune considération de l'époque où elle a dû l'être; — et enfin l'article 1302, qui porte

que la chose est aux risques du créancier, sans distinguer si l'obligation où est le débiteur de la livrer, est sans terme ou à terme !

Il est donc, disons-nous, manifeste que la translation de propriété s'opère immédiatement, non-seulement dans les obligations sans terme, mais aussi dans les obliga ions avec terme!

Aussi, a-t-il fallu encore, dans l'interprétation contraire, changer cette partie de notre texte ; et l'on a dit que ces mots : *dès l'instant où elle a dû être livrée*, devaient être remplacés par ceux-ci : *dès l'instant où est née l'obligation de donner...*, ou *dès l'instant où la livraison a été due* (*supra*, nº 415).

Et bien! non ; aucun changement ne doit être fait, même dans ces mots de l'article; et la raison en est simple ; c'est qu'ils se réfèrent, non pas à *la tradition réelle*, mais à *la tradition fictive;* ce qu'ils veulent dire, c'est que, dans le cas même où la tradition réelle serait retardée par un terme, la tradition fictive, qui est translative de propriété, ne s'en accomplit pas moins, par l'effet de la convention..., *dès l'intant où la chose a dû être livrée;* en ce sens que la livraison fictive, qui est nécessaire pour la translation de propriété, est toujours réputée faite, lors même que, par un terme, la livraison réelle aurait été retardée !

418. — Mais pourtant, a-t-on dit, supposez que les parties sont convenues que la propriété de la chose ne sera transmise au créancier qu'après l'expiration d'un certain temps !

Cette convention est licite sans doute ; et pourtant, elle ne rendra le créancier propriétaire de la chose que dès *l'instant où elle aura dû être livrée.*

Donc, le vrai sens de ces termes est celui-ci : *dès l'instant où la livraison a été due.*

Car, dans cette espèce, où *la livraison n'est pas due avant l'expiration du terme*, le créancier ne de-

vient pas propriétaire par l'effet immédiat de la convention.

La réponse nous paraît facile :

D'une part, il est clair que le législateur a statué, dans l'article 1138, sur les conventions ordinaires, telles qu'elles se pratiquent communément, et qu'il n'a pas eu en vue cette convention extraordinaire et insolite, dans laquelle les parties, par l'effet d'une cause spéciale, auraient différé la translation de propriété jusqu'à l'expiration d'un certain temps; convention, que nous croyons, en effet, possible, mais qui serait certainement exceptionnelle; aussi ne doit-on pas s'étonner qu'elle ne rentre pas dans les termes de notre texte.

Et d'autre part, l'interprétation, que nous combattons, produirait une conséquence, suivant-nous, très-inexacte; car il en résulterait que la chose, dans le cas de cette convention spéciale, ne serait pas aux risques du créancier, avant l'expiration du terme, qui devrait l'en rendre propriétaire; or, nous croyons, au contraire, que, même dans ce cas, la chose serait à ses risques, quoiqu'il n'en fût pas encore propriétaire (*infra*, n° 425).

D. — *A quel moment la chose est-elle aux risques du créancier.*

SOMMAIRE.

419. — Nous arrivons au dernier point, qui doit être l'objet de notre étude, en ce qui concerne l'effet, entre les parties contractantes, de l'obligation de donner, savoir : A quel moment la chose est-elle aux risques du créancier?

Cette théorie *des risques* est intéressante : *cujus est periculum rei?* (comp. tit. du Digeste : *De periculo et commodo rei venditæ;* Pothier, *du Contrat de Vente : aux risques de qui est la chose vendue, pendant le temps intermédiaire entre le contrat et la tradition,* n°s 308-313.)

Pour la traiter d'une manière complète, il faudrait la considérer dans son application aux différents caractères, que les obligations peuvent présenter, suivant qu'elles sont contractées purement et simplement, sous une condition suspensive ou résolutoire, ou sous une alternative, ou qu'elles ont pour objet soit des choses certaines et déterminées ou en bloc, soit des choses à déterminer au compte, au poids, ou à la mesure, etc. (comp. art. 1182, 1193, 1194, 1195, 1584, 1585, 1586).

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner ces différentes combinaisons, dont notre Code ne s'est occupé qu'en détail et que nous retrouverons dans les titres où il les a placées successivement.

Nous avons donc seulement à poser le principe général de la théorie des risques, dans son application ordinaire, c'est-à-dire en supposant une obligation pure et simple ou à terme, qui a pour objet un corps certain.

420. — Or, ce principe est formulé, par l'article 1138, de la façon la plus nette :

« L'obligation de livrer la chose, rend le créancier

« propriétaire, *et met la chose à ses risques*, dès l'instant « où elle a dû être livrée, *encore que la tradition n'en ait « point été faite....* »

Ainsi donc, dès l'instant, où l'obligation de livrer a rendu le promettant débiteur de la chose, qui en fait l'objet, les risques de cette chose concernent le créancier.

421. — La conséquence, qui en résulte, est facile à déterminer, quand il s'agit d'un contrat unilatéral, qui n'a produit qu'une seule obligation; et l'explication en est alors aussi très-simple.

Ce qui en résulte, c'est que le débiteur est entièrement libéré, envers le créancier, par la perte fortuite de la chose, et qu'il n'existe, plus de sa part, aucune obligation de livrer ni la chose, ni un équivalent quelconque.

Livrer la chose, il ne le peut plus, puisqu'elle a péri; à l'impossible nul n'est tenu!

Et quant à un équivalent, ou à des dommages-intérêts, ils n'auraient aucune cause, puisque nous supposons que cette perte est le résultat d'un cas fortuit, qui ne lui est pas imputable! (art. 1302).

Ce que nous venons de dire de la perte totale serait également vrai, soit de la perte partielle, soit des dégradations ou des détériorations, qui auraient affecté la chose, par des cas fortuits (comp. L. 9, Cod. *de Pignorat. act.*).

422. — Mais, quand il s'agit d'un contrat synallagmatique, qui a produit deux obligations corrélatives, la conséquence de notre principe va plus loin; et elle est très-notable!

Ce qui en résulte, c'est que, malgré l'extinction de l'obligation du débiteur, qui se trouve libéré par la perte fortuite de la chose, l'obligation corrélative du créancier n'est pas éteinte; elle n'en subsiste, au contraire, pas moins après comme avant!

Car si le créancier de la chose se trouvait libéré de l'obligation de payer le prix, il ne serait pas vrai de dire que la chose était à ses risques!

Ainsi, lorsque la chose vendue vient à périr, par cas fortuit, dans l'intervalle du contrat à la tradition, (la vente est, en ce cas, comme le plus souvent, dans cette matière des contrats, l'exemple le plus topique), la perte fortuite de la chose vendue, qui libère l'acheteur de l'obligation de la livrer, ne libère pas le vendeur de l'obligation de payer le prix.

En effet, si le créancier, l'acheteur, dans notre exemple, se trouvait libéré, il serait faux de dire que la chose était à ses risques, puisque c'est, au contraire, pour le vendeur, qu'elle aurait péri!

423. — Cette solution est d'évidence!

Mais quel en est le motif juridique?

Est-ce parce que l'obligation de donner a rendu le créancier propriétaire, que la chose est à ses risques? et l'article 1138 est-il fondé sur la maxime : *res perit domino?*

Au contraire, la chose est-elle aux risques du créancier, parce que l'obligation, dont le débiteur est tenu, a pour objet un corps certain? et l'article 1138 est-il fondé sur cette autre maxime : *debitor rei certæ fortuito interitu rei liberatur?*

Qu'importe, dira-t-on, s'il est reconnu, quelle que soit l'explication que l'on adopte, que la chose est aux risques de l'acheteur, et que si elle périt, avant la livraison, par cas fortuit, il n'est pas dispensé de payer le prix, malgré l'impossibilité où se trouve désormais le vendeur de la lui livrer?

Nous convenons que cette controverse ne sera pas généralement, au point de vue pratique, d'une grande importance, quoique, pourtant, il puisse arriver qu'il soit nécessaire de la trancher, pour résoudre une question qui pourrait se présenter en fait (*infra*, n° 425); mais elle offre d'ailleurs, au point de vue théorique, un intérêt incontestable, et que nous ne saurions négliger.

Eh bien! donc, laquelle des deux explications est la meilleure?

On a enseigné que la disposition de l'article 1138, qui met la chose aux risques du créancier, *est une conséquence de la translation de la propriété par l'effet seul de la convention;* telle est la doctrine de M. Larombière, qui ajoute que *l'article* 1138 *nous a fait grâce des subtilités* des anciens jurisconsultes sur cette matière, et que *si, en effet, la chose est aujourd'hui aux risques du créancier, dès l'instant où elle a dû être livrée, c'est par une application très-exacte de la maxime : res perit domino.* (T. I, art. 1138, n° 23.)

424. — Nous ne partageons pas ce sentiment du savant auteur; et notre avis est, au contraire, que si la chose est aux risques du créancier, avant la livraison, c'est toujours en vertu de l'ancien principe, d'après lequel le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte fortuite de ce corps.

La preuve en résulte, suivant nous, soit des précédents historiques; soit des vrais principes du droit; soit enfin des textes même de notre Code, qui témoignent que le législateur nouveau n'y a pas dérogé :

1° Et d'abord, en droit romain, il est certain que la chose vendue était aux risques de l'acheteur, aussitôt que le contrat de vente était parfait par le concours des volontés, et avant même que la tradition en eût été faite; qu'elle était, disons-nous, aux risques de l'acheteur, lequel n'était pas, pour cela, libéré de l'obligation de payer le prix au vendeur; or, l'acheteur, en droit romain, ne devenait propriétaire que par la tradition; et ce n'était pas, dès lors, en vertu de la maxime : *res perit domino,* que la chose vendue périssait pour lui.

Justinien est, à cet égard, fort explicite :

«.... *Periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet,* « *tametsi ea res emptori tradita non sit; itaque si homo* « *mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit....* « *emptoris damnum est*, CUI NECESSE EST, LICET REM NON « FUERIT NACTUS, PRETIUM SOLVERE.... » (*Inst.*, § 3 *de empt. et vendit.*).

Bien d'autres textes en témoignent aussi (comp. L. 8, ff, *De pericul. et commodo rei vendit;* L. 11, princ. ff. *de Evictionibus;* L. 4 et 6, Cod. *h. t.*, etc.).

Il est vrai que la loi 33 au Digeste, *locati,* semble porter une décision différente; et Cujas, en effet, l'a trouvée si formelle, qu'il a fini par décider, contrairement à la doctrine, qu'il avait d'abord enseignée lui-même, que la chose vendue n'était pas aux risques de l'acheteur. (Sur cette loi, *ad Africanum.*)

Mais le sentiment général des interprètes a toujours été que cette loi réglait un cas spécial, dans lequel la vente était considérée comme rescindée et comme non avenue; et le motif qu'elle donne, d'une manière d'ailleurs purement incidente, relativement à ce cas, ne saurait ébranler l'autorité de tous les autres textes, si nombreux et si concordants, qui consacrent explicitement le principe que nous venons de poser.

Notre ancien droit français avait admis le même principe.

La propriété n'y était aussi, comme en droit romain, transmise que par la tradition; et néanmoins, la chose vendue était, dès avant même la tradition, aux risques de l'acheteur; de sorte que si elle venait à périr par cas fortuit, avant d'être livrée, l'acheteur n'était pas non plus libéré de l'obligation de payer le prix, quoique le vendeur fût libéré de l'obligation de livrer la chose.

Pothier, qui enseigne cette doctrine, ajoute, il est vrai, que « plusieurs modernes, qui ont traité du droit naturel, du nombre desquels sont Puffendorf, Barbeyrac, etc., ont cru que les jurisconsultes romains s'étaient écartés, sur cette matière, des vrais principes du droit naturel, et qu'ils soutiennent, au contraire, que la chose vendue est aux risques du vendeur, tant qu'il en demeure propriétaire; et que c'est une maxime qu'une chose est aux risques du propriétaire : *res perit domino....* »

Il faut bien ajouter aussi que, tout en les réfutant, Pothier convient que *la question a sa difficulté.* (*Du Contrat de vente*, n° 308).

Mais la réfutation, qu'il fait de ces dissidences, n'en est pas moins péremptoire !

2° C'est que, en effet, l'ancienne doctrine, loin de mériter aucun reproche, est tout à la fois conforme à la logique du droit et aux règles de l'équité.

Logiquement, les deux obligations corrélatives, qui résultent d'un contrat synallagmatique, sont, une fois que le contrat est formé, distinctes et indépendantes l'une de l'autre; et chacune d'elles demeure, en conséquence, soumise aux règles qui lui sont propres, en raison de son caractère particulier; la créance du prix appartient au vendeur, comme une créance *de quantité;* de même que la créance de la chose appartient à l'acheteur comme une créance *de corps certain*; à chacun donc, en effet, désormais sa créance, telle qu'elle se comporte! sa créance disons-nous, dont l'existence n'est pas plus subordonnée à celle de l'autre créance, que, dans un contrat d'échange, l'existence de l'objet reçu par l'un des copermutants n'est subordonnée à l'existence de l'objet qu'il a lui-même livré à son copermutant! donc, l'extinction de la créance de l'acheteur par la perte fortuite de la chose, ne saurait avoir pour effet de produire l'extinction de la créance du prix, qui appartient au vendeur.

Équitablement aussi, d'ailleurs, c'est celui, qui aurait profité des avantages, qui doit supporter les pertes; et la chance des augmentations implique la chance réciproque des diminutions : *nam et commodum ejus esse debet cujus est periculum* (*Inst. de empt. vendit.* § 3); or, c'est pour l'acheteur que la chose aurait augmenté de valeur, dans l'intervalle de la vente à la livraison; et c'est lui qui aurait profité de ces augmentations, sans que le vendeur fût fondé à lui demander une augmentation

de prix; donc, c'est pour lui qu'elle a dû diminuer ou périr, sans qu'il puisse être fondé à demander au vendeur une diminution ou une décharge de son obligation! Aussi, les auteurs de droit naturel, qui, sous notre ancienne jurisprudence, soutenaient que la perte ou les détériorations de la chose sont au compte du vendeur, en étaient-ils venus à prétendre que c'est aussi le vendeur, *qui doit profiter des accroissements, qui surviendraient dans la chose vendue.* (Pothier, *loc. supra cit.*); déduction très-logique sans doute dans leur système; car cette réciprocité est, dans un sens comme dans l'autre, tout à fait inévitable! mais il est manifeste qu'une telle doctrine n'aboutissait à rien moins qu'à dire que le contrat même de vente n'était pas formé avant la tradition de la chose!

3° On invoque la maxime : *res perit domino!*

Nous répondons que cette maxime serait très-fausse, si on voulait l'entendre dans le sens absolu, que ses termes semblent comporter; les anciens interprètes ont cru la trouver dans une Constitution de Dioclétien et de Maximien, (L. 9, Cod. *de Pignorat. act.*), qui ne renferme rien de semblable; il suffit de citer l'espèce, qu'elle décide, pour reconnaître qu'ils en ont demésurement étendu la portée. Il s'agit, dans cette Constitution, de savoir si la chose remise en gage est aux risques du débiteur, ou aux risques du créancier; et les empereurs répondent :

« *Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi* « *perire in dubium non est....* »

Donc, a-t-on dit, c'est parce que le débiteur est propriétaire, *ideo que....*, que la chose périt pour lui ; et de là, en effet, cette maxime, tant de fois répétée : *res perit domino.*

Il est vrai ! mais dans quel cas ?

Pothier l'a justement remarqué, c'est dans le cas, où *l'on oppose le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'u-*

sage de la chose, (*loc. supra*); c'est-à-dire, en effet, précisément dans le cas de la Constitution impériale! mais, ajoute-t-il, lorsqu'on oppose le propriétaire débiteur d'une chose au créancier de cette chose, qui a une action contre le propriétaire pour se la faire livrer, en ce cas la chose périt pour le créancier plutôt que pour le propriétaire, qui, par la perte de la chose, est libéré de l'obligation de la livrer.

Rien n'est plus juridique! et la maxime: *res perit domino*, ne serait exacte qu'autant qu'on entendrait ce mot: *dominus*, dans un sens très-large, qui comprendrait tous ceux qui ont un droit quelconque sur cette chose ou à cette chose, *jus in re* ou *jus ad rem.*

Vous aviez un droit de propriété, de servitude ou d'hypothèque sur la chose, qui a péri; c'est pour vous qu'elle a péri, en ce sens que vous y perdez votre propriété, ou votre servitude ou votre hypothèque;

Et de même, si j'y avais un droit de créance, *jus ad rem*, c'est pour moi aussi qu'elle aura péri, en ce sens que j'y perdrai ma créance; chacun voyant s'éteindre, dans cette perte de la chose, le droit, tel quel, qu'il y avait!

4° Et maintenant, comment admettre que les rédacteurs de notre Code se soient départis d'une doctrine si ancienne et si bien justifiée?

L'induction, que l'on veut tirer, en ce sens, de l'article 1138, nous paraît tout à fait insuffisante. Il est vrai que cet article tranche, par une même formule, les solutions qu'il applique à deux questions distinctes, savoir: celle de la translation de la propriété et celle des risques; et nous ne voulons pas nier que cette formule semblerait établir, entre les deux solutions, une sorte de corrélation; mais on a vu combien la rédaction de ce texte est embrouillée; et il faudrait une décision plus nette pour admettre que le nouveau législateur a voulu faire un changement aussi considérable.

Le texte, d'ailleurs, même littéralement pris, ne conduit pas à cette conséquence; ce qui en résulte, c'est que, l'article 1138 tranche les deux questions en même temps; mais a-t-il entendu les subordonner l'une à l'autre, et les unir par un lien de dépendance? voilà ce qui ne nous paraît nullement démontré.

Le nouveau législateur a pensé peut-être que la translation immédiate de propriété, qui s'opère par l'effet de la convention, était un motif de plus pour mettre la chose aux risques du stipulant, qui réunit désormais, dans sa personne, les deux qualités de *créancier d'un corps certain*, et de *propriétaire*; et comme il n'ignorait pas sans doute que cette théorie des risques avait été autrefois controversée, il n'est pas impossible qu'il ait espéré que toutes les opinions allaient être satisfaites, et que chacun y pourrait trouver la consécration de sa doctrine; cela peut être, en effet; mais ce que nous maintenons, c'est que la vraie base, encore aujourd'hui, de cette théorie des risques, c'est l'ancienne maxime, que le texte formel d'un autre article de notre Code (1302), a, en effet, consacrée : *debitor rei certæ interitu fortuito rei liberatur.*

425. — J'ai vendu ma maison à Paul, 100 000 fr., avec cette clause que la propriété ne lui en sera transférée qu'à l'expiration du délai de deux ans, après lequel seulement la livraison devra lui en être faite, et que j'en demeurerai, jusque-là, possesseur et propriétaire;

Clause insolite et dont il n'y a pas beaucoup d'exemples, mais qui, n'ayant rien de contraire à l'ordre public, ni aux principes essentiels du droit, devrait être, suivant nous, considérée comme valable (comp. *supra*, n° 418; notre *Traité de la Distinction des biens*; — *De la Propriété*, etc., t. I, n° 519).

Dans l'intervalle du contrat à la livraison, ma maison périt par cas fortuit?

Pour qui la perte?

Pour moi, vendeur ?

Ou pour Paul, acquéreur ?

On voit ici l'importance de la controverse, que nous venons de soulever.

Si, en effet, la question des risques est subordonnée à la question de propriété et doit se résoudre par la maxime : *res perit domino*, c'est moi qui supporterai la perte ; ai-je reçu le prix de la vente ? je serai obligé de le rendre à Paul ; à plus forte raison, ne pourrais-je pas l'exiger de lui, s'il ne l'a pas encore payé.

La question des risques doit-elle être, au contraire, résolue par la maxime : *debitor rei certæ fortuito interitu rei liberatur ?* la perte sera pour Paul, qui devra me payer le prix, s'il ne l'a pas fait encore, malgré l'impossibilité où je serais de lui livrer la maison.

Or, c'est, à notre avis, cette dernière solution, qui est la plus juridique (comp. *supra*, n° 419 ; Colmet de Santerre, t. V, n°s 55 *bis*, IV et 56 *bis*, V).

426. — On entend par *risques*, tous les accidents fortuits, qui atteignent intrinsèquement la chose dans son existence matérielle, et par suite desquels elle s'est détériorée ou a péri (comp. Larombière, t. I, art. 1138, n° 24).

Les circonstances extrinsèques, administratives, politiques, économiques ou autres, qui peuvent en faire monter ou baisser la valeur, ne sont pas généralement comprises dans l'acception juridique de ce mot : *risques*.

Ce n'est pas, bien entendu, que la différence de valeur, en plus ou en moins, qui peut résulter de la hausse ou la baisse, survenue dans l'intervalle de la formation du contrat à la livraison de la chose, ne soit aussi au compte, c'est-à-dire au profit ou à la perte de l'acheteur, sans augmentation de prix, dans le premier cas, et sans diminution, dans le second cas.

Il est évident, en effet, que dès que le contrat est formé, les conditions, qui en sont les éléments constitutifs, sont désormais indépendants des variations entre

l'*offre et la demande*, par suite desquelles la valeur vénale de la chose peut hausser ou baisser; et de même que l'acheteur aurait profité de la *hausse*, il doit certainement supporter la *baisse*.

Raison de plus, et tout à fait décisive, pour reconnaître que dès que le contrat est formé, les risques de la chose doivent concerner exclusivement l'acheteur, par cela seul, en effet, que le contrat est formé, et sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il est ou s'il n'est pas devenu propriétaire.

427. — Nous verrons, au reste, plus tard, qu'il peut être important de distinguer *les risques* de la chose, dans l'acception technique de ce mot, c'est-à-dire ceux-là qui se rapportent à son existence matérielle, d'avec les chances extérieures, bonnes ou mauvaises, qui, sans altérer les conditions de son existence matérielle, peuvent en faire hausser ou baisser la valeur vénale (comp. art. 1182).

428. — Est-ce la peine de dire que le mot : *risques*, implique nécessairement l'idée d'un cas fortuit et de force majeure, dont le débiteur ne peut pas être déclaré responsable? (Art. 1147, 1148, 1302.)

Il est évident, en effet, que le débiteur ne serait pas libéré, si la perte ou la détérioration de la chose provenait de sa faute ou même seulement de son fait (art. 1245; comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 221 ; et notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 487).

429. — L'article 1138 fait l'application de ce principe, lorsque, après avoir disposé que l'obligation de livrer met la chose aux risques du créancier, il ajoute cette restriction :

« .... A moins que le débiteur ne soit en demeure de « la livrer ; auquel cas, la chose reste aux risques de ce « dernier. »

C'est que, en effet, la demeure, *mora*, c'est-à-dire le retard du débiteur à livrer la chose, constitue, de sa part, une faute qui doit entraîner, contre lui, l'obli-

gation de réparer le dommage, qu'elle peut avoir causé au créancier.

Mais ce motif même annonce que la demeure du débiteur n'empêcherait pas sa libération complète, si elle n'avait causé aucun dommage au créancier ; comme si le cas fortuit, qui a détruit la chose chez le débiteur, qui était en demeure de la livrer, l'eût également détruite chez le créancier, dans le cas où elle lui aurait été livrée.

Nous reviendrons d'ailleurs sur cette théorie, à la place où notre Code s'en est occupé (art. 1302).

430. — Mais quand est-ce que l'on pourra dire, après la perte ou la détérioration fortuite de la chose, que le débiteur était en demeure de la livrer?

L'article 1139 répond en ces termes :

« Le débiteur est constitué en demeure, soit par une « sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet « de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit « besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le dé« biteur sera en demeure. »

Ainsi, notre Code rejette la maxime : *dies interpellat pro homine* (comp. art. 1146 et 1230).

Il la rejette, du moins en thèse générale, et pour tous les cas où elle n'a pas été admise par une disposition exceptionnelle (comp. *infra*, n° 517; art. 1304, 4e alinéa; 1378, 1379, 1657 et 1881).

Cette maxime était-elle observée, en Droit romain?

L'affirmative est généralement admise; et ce n'est pas ici le lieu de rechercher si elle ne serait pas contestable (comp. *infra*, n° 514).

Ce qui est certain, c'est que notre ancien Droit français l'avait déjà rejetée :

« Suivant nos usages, dit Pothier, un débiteur n'est mis en demeure de donner la chose due que par une interpellation.... » (n° 143.)

Telle est aussi la décision de notre Code.

Le législateur a présumé que le créancier, qui a le

moyen d'exiger le payement de l'obligation et qui ne l'emploie pas, consent ainsi, même après l'échéance du terme, à n'être pas payé encore ; présomption bienveillante, il est vrai, et toute favorable au débiteur, mais qui n'a rien d'excessif, puisque le créancier peut la faire cesser aussitôt qu'il voudra, par une interpellation qui annonce sa volonté d'être payé.

431. — Voilà pourquoi il n'est besoin d'aucune interpellation, lorsque la convention porte que, *sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure* (art. 1139).

C'est que, en effet, dans ce cas, la volonté formellement exprimée du créancier ne laisse plus de place à présomption que la loi a cru pouvoir induire de son silence !

Et pourtant, notre ancien Droit français avait, même dans ce cas, laissé aux magistrats un pouvoir discrétionnaire, par suite duquel il leur appartenait de décider que les termes de la convention, si formels qu'ils fussent, n'avaient qu'un caractère comminatoire, et que le débiteur ne devait pas être considéré comme en demeure, même après le terme échu !

Mais déjà, dès cette époque, les jurisconsultes les plus autorisés dénonçaient cette doctrine comme une violation de la loi du contrat, et comme un véritable attentat au droit du créancier ! (Comp. Argou, *Institution du droit franç.*, liv. III, chap. XXVII ; Nouveau Denizart, v° *Clause comminatoire*, t. IV, p. 556 ; Merlin, *Répert.*, v° *Clause comminatoire*, et *Quest. de droit*, v° *Emphytéose*, § 3.)

C'est donc très-justement, que notre Code s'en est départi ! (comp. *infra*, n° 522 ; Cass., 11 juin 1855, compagnie de *l'Aigle*, Dev., 1856, I, 264 ; Cass., 27 juin 1855, *Assurances générales*, Dev., 1856, I, 42.)

432. — Ce n'est pas d'ailleurs qu'il y ait, à cet égard, de formule sacramentelle; et il n'est pas nécessaire que la convention reproduise les termes de l'article 1139.

L'honorable M. Duvergier reprend, avec grande raison, Toullier d'avoir exprimé un sentiment contraire (t. III, n° 249, note *a*).

Il suffit qu'il résulte clairement de la convention que le créancier a entendu qu'il n'aurait rien à faire, après l'échéance du terme, pour que le débiteur se trouvât, de plein droit, constitué en demeure (comp. *infra*, n° 518; Cass., 27 avril 1840, Bazergue, Dev., 1840, I, 728; Cass., 18 févr. 1856, Malo, Dev., 1857, I, 40; Delvincourt, t. II, p. 729; Duranton, t. X, n° 441; Taulier, t. III, p. 297; Aubry et Rau, t. V, § 308, note 6; Larombière, t. I, art. 1139, n° 7).

433. — Nous n'irons pas plus loin dans l'exposition de cette théorie de la mise en demeure du débiteur; ce n'est pas ici sa place; et peut-être serait-il permis de dire que l'article 1139 est, dans notre section, un hors-d'œuvre.

Les rédacteurs du Code, qui venaient de disposer que la chose commence à être aux risques du débiteur, lorsqu'il est en demeure de la livrer, ont été conduits ainsi à déterminer de quelle manière le débiteur d'une obligation de donner peut être constitué en demeure.

Mais la théorie de la demeure ne s'applique pas seulement à l'obligation de donner; et elle gouverne également l'obligation de faire ou de ne pas faire.

Nous nous réservons donc de l'exposer dans son ensemble, lorsque nous traiterons *des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* (sect. IV, art. 1146 et suiv.; *infra*, nos 514 et suiv.).

II.

De l'effet de l'obligation de donner, à l'égard des tiers.

SOMMAIRE.

434. — Exposition.
435. — *a.* — Du droit romain en cette matière.
436. — *b.* — De notre ancienne jurisprudence française.

434. — Nous venons d'examiner l'effet de l'obligation de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété, entre les parties contractantes.

Il nous reste à l'examiner, à l'égard des tiers (*supra*, nº 397).

Thèse fondamentale, de droit public autant que de droit privé, et qui pourtant, chose inouïe ! se trouve encore, sous l'empire même de notre Code, livrée aux plus vives controverses !

Afin de s'en bien rendre compte, il est nécessaire d'en présenter d'abord l'exposition historique ; c'est ce que nous allons faire, en parcourant les époques principales que l'on peut compter, sur cette thèse, dans l'histoire des législations antérieures.

435. — *a*. En Droit romain, les conventions n'étaient point, par elles-mêmes, translatives de la propriété des choses mobilières ou immobilières, soit à l'égard des tiers, soit même entre les parties ; elles ne produisaient qu'une obligation personnelle, *jus ad rem* ; la translation de la propriété, *jus in re*, s'opérait seulement par la tradition, qui était faite en exécution de la convention.

« *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod « corpus nostrum faciat, sed ut alium nobis obstringat ad « aliquid dandum vel faciendum.* » (L. III, ff. *de Obligat. et act.*)

D'où la célèbre règle :

« *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non « nudis pactis transferuntur.* » (L. XX, Code *de Pactis.*)

Deux conséquences, notamment, en résultaient ; à savoir :

1° Entre deux aliénations successives de la même chose, la préférence était due à celui des acquéreurs auquel la tradition en avait été faite, lors même que son

titre était postérieur en date; et c'est, en effet, ce que décide la loi 15 au Code, *De rei vindicatione;*

2° Les créanciers de l'aliénateur pouvaient valablement exercer leurs droits sur la chose aliénée par leur débiteur, tant que la tradition n'en avait pas été faite à l'acquéreur (comp. Humbert, *Revue historique de Droit franç. et étr.*, 1855, n°s 7-10).

436 — *b*. Notre ancienne jurisprudence française avait admis, en théorie, les principes romains; et l'on y tenait aussi pour règle, non-seulement dans les pays de Droit écrit, mais encore dans la plupart des pays coutumiers, que les conventions n'étaient pas translatives de la propriété, et que la tradition était nécessaire pour les meubles et pour les immeubles, soit à l'égard des tiers, soit même entre les parties.

Mais, à la différence du Droit romain, dans lequel la tradition impliquait la nécessité d'un déplacement réel de possession, on se contentait, en France, d'une tradition feinte, du moins pour les immeubles; et la pratique à peu près universelle, conforme d'ailleurs aux dispositions de quelques coutumes, avait consacré l'usage des clauses de *dessaisine-saisine,* par lesquelles la simple déclaration de tradition, faite par les parties dans les actes notariés, équivalait à la tradition effective (comp. *suprà*, n° 416; Avis du conseil d'État du 11 fructidor an XIII; Merlin, *Répert.*, v° *Inscript. hypothéc.*, § 8 *bis;* Humbert, *Revue histor.*, t. I, p. 474, note 2).

Il faut ajouter que, dans certaines coutumes du Nord, la translation de propriété des immeubles était soumise à une formalité spéciale; la tradition seule ne suffisait pas; on exigeait l'insertion de l'acte d'aliénation dans des registres publics; c'étaient les coutumes dites de *nantissement*, ou encore de *west* ou de *dewest*, dans lesquelles la propriété des immeubles n'était transférée civilement, soit entre les parties, soit surtout à l'égard des tiers, qu'au moyen d'une investiture donnée à l'acquéreur par

le seigneur ou par ses officiers de justice, en conséquence de la renonciation de l'aliénateur à tous ses droits sur la chose, et qui fut remplacée, en dernier lieu, par la transcription des grosses des contrats aux greffes des tribunaux de district (comp. Loi des 20-27 sept. 1790, art. 3 à 5; Merlin, *Répert.*, vº *Nantissement*, § 1 et 2; Duverdy, *Revue historique, loc. supra cit.*, p. 100 et suiv.).

437. — *c.* La troisième époque est celle de la législation intermédiaire.

Frappé des avantages que présentait la publicité à laquelle les coutumes de nantissement avaient soumis la translation de la propriété immobilière, et de la sécurité qui en résultait pour les tiers, le législateur de cette époque leur emprunta cette idée; et la loi du 11 brumaire an VII appliqua, dans toute la France, ce régime de publicité à la transmission de la propriété des immeubles.

Les articles 26 et 28 de cette loi étaient ainsi conçus :

Article 26 : « Les actes translatifs de biens et droits « susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur « les registres du bureau de la conservation des hypo- « thèques dans l'arrondissement duquel les biens sont « situés. »

« *Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers*, *qui au-* « *raient contracté avec le vendeur*, *et qui se seraient con-* « *formés aux dispositions de la présente.* »

Article 28 : « La transcription prescrite par l'ar- « ticle 26 transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur « avait à la propriété de l'immeuble, mais avec les dettes « et hypothèques, dont cet immeuble est grevé. »

La transcription de l'acte d'aliénation sur les registres du conservateur des hypothèques, fut donc certainement, durant cette période, la condition de la translation de la propriété des immeubles, à l'égard des tiers.

Nous disons : *à l'égard des tiers;* car, à la différence des coutumes de nantissement, qui exigeaient l'investiture

publique comme condition de la translation de propriété, non-seulement à l'égard des tiers, mais aussi entre les parties contractantes, le législateur de l'an VII admettait implicitement que la propriété était transmise, entre les parties contractantes, indépendamment de la transcription du contrat sur les registres du conservateur, puisque la seule conséquence, qu'il déduit du défaut de transcription, c'est que, *jusque-là*, les actes d'aliénation *ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi.*

Ajoutons d'ailleurs : 1° que la loi du 11 brumaire an VII ne s'occupait pas de la translation de la propriété des meubles; 2° qu'elle ne s'occupait même de la translation de la propriété des immeubles que relativement à ceux qui étaient susceptibles d'hypothèque; car elle était une loi *sur le régime hypothécaire;* et ce n'était qu'incidemment qu'elle avait tranché cette thèse de la translation de la propriété immobilière, à l'égard des tiers; on conçoit bien, du reste, comment elle avait dû la trancher; car la solidité de la propriété immobilière, c'est la base essentielle *et sine qua non*, d'un bon régime hypothécaire!

438 — *d.* Tel était l'état de la législation antérieure sur cette matière, lorsque les rédacteurs du Code eurent à s'en occuper.

Qu'en ont-ils fait?

C'est ce que nous allons rechercher :

1° D'abord, en ce qui concerne les immeubles;

2° Ensuite, en ce qui concerne les meubles.

A. — *De l'effet de l'obligation de donner un immeuble.*

SOMMAIRE.

439. — Exposition.
440. — Suite.

459. — L'article 1140 est ainsi conçu :

« Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un « immeuble, sont réglés au titre *de la Vente*, et au titre « *des Priviléges et Hypothèques.* »

Mais comment donc?

Est-ce que ce n'était pas précisément dans le titre même des *obligations conventionnelles*, que l'on devait déterminer l'effet de l'*obligation conventionnelle* de donner un immeuble ?

Et pourquoi cet ajournement à deux titres ultérieurs, auxquels ce sujet appartient, certes, beaucoup moins directement?

Ah! c'est qu'il s'agissait de résoudre un problème législatif, sur lequel se trouvaient en présence deux systèmes, qui étaient, de part et d'autre, soutenus par des partisans puissants et convaincus!

Conserverait-on le régime de la loi du 11 brumaire an VII, qui exigeait la transcription des actes translatifs de propriété immobilière, pour que les aliénations fussent opposables aux tiers ?

Ou bien en reviendrait-on au régime de l'ancienne jurisprudence, d'après lequel la propriété immobilière était transmise, par le seul effet de la convention, indépendamment de toute transcription et même aussi de toute tradition, puisque dans, le dernier état de la pratique, la condition de la tradition avait elle-même presque complétemet disparu ? (comp. *supra*, n° 416).

La lutte, en effet, ne manqua pas de s'engager dans notre titre, qui était bien celui où le problème devait être résolu ; mais ce fut une lutte très-vive, qui se prolongea longtemps sans aucun résultat décisif ; à ce point que lorsqu'elle cessa après plusieurs trêves successives, il pût

paraître incertain à quel parti la victoire était restée! (Comp. *infra*, n° 443).

Voilà l'explication de l'article 1140, article inutile dans notre Code; c'est un armistice entre les deux systèmes contraires, qui ne parvenant point à vider leur querelle, en renvoient la continuation à des titres ultérieurs!

440. — Il y eut, il est vrai, d'abord un moment où l'on put croire que la question était tranchée dans le sens de l'abrogation de la loi du 11 brumaire an VII.

La commission de rédaction du projet de Code civil admit, en principe, que la convention, qui a pour objet d'opérer la transmission de la propriété, soit des meubles, soit des immeubles, opérerait, par elle-même, cette transmission, indépendamment de toute tradition, réelle ou feinte, et de toute transcription.

Et ce principe fut admis aussi par le Conseil d'État et par le Tribunat.

Telle était, en effet, la conséquence qui résultait de l'article 1, n° 3, *des Dispositions générales* du livre III, et de l'article 37 du titre II de ce livre, que les articles 711 et 1138 ont presque littéralement reproduit (comp. Fenet, t, II, p. 124 et 164).

Bien plus! la commission de rédaction, faisant spécialement l'application de ce principe à la translation de la propriété des immeubles, avait inséré, dans notre section même, un article, le 38e, ainsi conçu :

« Dès l'instant que le propriétaire a contracté, par un « acte authentique, l'obligation de donner ou livrer un « immeuble, il en est exproprié ; l'immeuble ne peut plus « être saisi sur lui par ses créanciers; l'aliénation, « qu'il en fait postérieurement, est nulle ; et la tradition « qu'il en aurait pu faire à un second acquéreur, ne donne « aucune préférence à celui-ci ; lequel est obligé de res- « tituer l'immeuble à celui dont le titre est antérieur, sauf « le recours du second acquéreur contre le vendeur,

« ainsi qu'il est dit au titre *du Contrat de vente.* » (Fenet, *loc. supra cit.* p. 164-165).

C'était là, certes, résoudre carrément le problème!

Aussi, les partisans de la transcription se recrièrent; et c'est par suite de leurs réclamations, que cet article 38 fut supprimé, et remplacé par l'article 1140, qui ajourne la solution au titre *de la Vente* et au titre *des Priviléges et Hypothèques.*

441. — Mais au titre *de la Vente,* nouvel ajournement!

L'article 2 du projet portait :

« La vente est accomplie, dès qu'on est convenu de « la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore « été livrée ni le prix payé. » (Fenet, t. II, p. 334).

Rédaction, qui pouvait impliquer que la translation de propriété en résultait, non-seulement entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers

Aussi, afin de ne rien préjuger encore, on y substitue la rédaction suivante, qui forme aujourd'hui l'article 1583 :

« La vente est parfaite *entre les parties*; et la propriété « est acquise, de droit, à l'acheteur, *à l'égard du vendeur,* « dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique « la chose n'ait pas été livrée ni le prix payé. »

La question de transcription, c'est-à-dire, la question de translation de propriété à *l'égard des tiers,* se trouvait donc de nouveau réservée.

Mais remarquons qu'elle était seule réservée, et que l'article 1583, cconsacrant, de plus en plus, le principe déjà posé dans les articles 711 et 1138, décidait que la propriété était transmis, *entre les parties,* à *l'acheteur* à *l'égard du vendeur,* par le seul effet de la vente, sans tradition ni transcription.

442. — Enfin, on arrive au titre *des Priviléges et Hypothèques;* et il n'est plus possible de différer la solution.

C'est alors, en effet, que la section de législation proposa deux articles ainsi conçus :

Article 91 : « Les actes translatifs de propriété, qui « n'ont pas été transcrits, ne pourront être opposés aux « tiers, qui auraient contracté avec le vendeur, et qui « se seraient conformés aux dispositions de la pré- « sente. »

Article 92 : « La simple transcription des titres transla- « tifs de propriété sur les registres du conservateur ne « purge pas les priviléges et hypothèques établis sur l'im- « meuble ; il ne passe au nouveau propriétaire qu'avec « les droits qui appartenaient aux précédents, et affecté « des mêmes priviléges ou hypothèques, dont il était « chargé. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XVI, p. 236.)

On voit que ces deux articles reproduisaient, presque textuellement, les articles 26 et 28 de la loi du 11 brumaire an VII (*supra*, n° 437); et par conséquent, c'était le maintien du régime de la transcription, que la section de législation proposait.

La discussion s'engagea donc enfin sur le mérite de ce régime ; les avantages et les inconvénients en furent tour à tour vivement agités ; mais il faut bien le reconnaître, cette discussion manqua de netteté ; et elle se termina par une note, dont le sens, tout au moins ambigu, est reproduit par M. Locré en ces termes :

« Le conseil adopte en principe :

« 1° Que la disposition de l'article (91), n'est pas ap- « plicable aux contrats de vente antérieurs à la loi du « 11 brunaire ;

« 2° *Que la transcription du contrat ne transfère pas* « *à l'acheteur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas* « *propriétaire.* »

« Les deux articles sont renvoyés à la section pour les « rédiger dans le sens des amendements proposés. » (*Législat. civ.*, t. XVI, p. 289.)

Qu'advint-il de ce renvoi ?

Un résultat fort singulier, et qui n'est pas l'incident le moins curieux de cette histoire législative!

La section de législation supprima tout à fait l'article 91 du projet, qui reproduisait l'article 26 de la loi du 11 brumaire ; et elle modifia l'article 92, en remplaçant les mots : « .... *il ne passe au nouveau propriétaire* QU'AVEC LES DROITS *qui appartenaient au précédent propriétaire,* par les mots suivants, qui forment aujourd'hui le second alinéa de l'article 2182 : *le vendeur ne transmet à l'acquéreur* QUE LA PROPRIÉTÉ ET LES DROITS, qu'il avait lui-même sur la chose vendue. » (Locré, t. XVI, p. 289.)

Ce double changement était-il conforme à la pensée du conseil d'État?

Ou, au contraire, avait-il pour effet de la dénaturer?

La question a été faite; et, dans la conviction où ils sont que le conseil d'État avait entendu adopter le principe de la transcription posé dans l'article 91, et n'avait renvoyé ces aticles à la section que pour y faire un changement de forme, beaucoup d'interprètes se sont récriés contre la suppression totale de l'article 91 : les uns n'y voulant voir qu'une omission ou une erreur de copiste; d'autres allant jusqu'à y soupçonner un *escamotage législatif!*

Quoi qu'il en soit, le résultat final est que notre Code ne renferme aucune disposition formelle, dans le sens soit du maintien, soit de l'abrogation du régime de la transcription, que la loi antérieure du 11 brumaire an VII avait établi en France.

443. — Aussi, tout aussitôt, la difficulté s'éleva!

Et l'on mit en doute si le Code civil exigeait la transcription des contrats à titre onéreux, pour que la propriété des immeubles fût transmise à l'égard des tiers? ou si, au contraire, la translation de propriété s'opérait, indépendamment de la transcription, par le seul effet du contrat, à l'égard des tiers, aussi bien qu'entre les parties?

D'éminents jurisconsultes se déclarèrent en faveur de la thèse, qui soutenait la nécessité de la transcription :

1° Telle était, disaient-ils, la loi antérieure ; et elle doit être considérée comme maintenue, puisque la loi postérieure ne l'a abrogée par aucune disposition, ni expresse ni tacite,

2° Loin qu'il existe une disposition de ce genre dans le Code, on y trouve, au contraire, des textes qui impliquent le maintien du régime de la transcription : l'article 939, qui soumet à cette formalité la donation de biens susceptibles d'hypothèques ; l'article 2181, qui exige la transcription de tous les actes translatifs de propriété ; l'article 2189, qui dispense, évidemment par exception à la règle, le donataire ou l'acquéreur, qui conserve l'immeuble mis aux enchères, de faire une seconde transcription ; l'article 2198, qui semble bien reconnaître aux créanciers de l'aliénateur le droit de s'inscrire jusqu'à la transcription.

3° Enfin, ne serait-ce pas une loi pleine de contradiction et d'imprévoyance, que celle qui soumettrait à la publicité de la transcription les aliénations à titre gratuit, sans y soumettre les aliénations à titre onéreux, et qui exigerait la publicité des hypothèques, sans exiger la publicité des aliénations !

On peut voir ces arguments développés dans un remarquable article de Jourdan (*Thémis*, t. V, p. 481 et suiv.); Blondeau et M. Bonjean, dans une thèse académique, s'y étaient ralliés ; et tout récemment encore, ils ont obtenu l'adhésion de M. Hureaux (*Études historiques et pratiques sur le Code civil*, nos 127 et suiv.), et de M. Pont (*Des priviléges et hypothèques*, n° 258).

444. — Mais, à aucune époque, même dans les premiers temps de la promulgation de notre Code, cette théorie n'a pu réussir dans la jurisprudence ; et nous ajoutons qu'il était impossible qu'elle réussît :

1° En effet, la loi du 30 ventôse an XII, qui abroge toutes

les lois antérieures, sur les matières qui font l'objet du Code civil, aurait seule suffi pour entraîner l'abrogation totale de la loi du 11 brumaire an VII, *sur le régime hypothécaire*, puisque le Code civil renferme un titre complet *sur les priviléges et hypothèques* (comp. notre *Traité de la Publication*, *des Effets et de l'Application des lois*, etc., n° 28).

2° Mais, en outre, la volonté du législateur de 1804 d'abroger le régime de la transcription, que cette loi avait établi, résultait, à notre avis, suffisamment des travaux préparatoires et des textes du nouveau Code. La suppression de l'article 91 du projet, qui maintenait la nécessité de la transcription, en est une preuve significative; et ce n'est pas sérieusement que l'on a pu dire que cet article a été *escamoté!*

Cette preuve, d'ailleurs, n'est pas la seule!

D'une part, l'article 92 du projet portait que *la simple transcription sur les registres du conservateur ne purge pas les hypothèques et priviléges établis sur l'immeuble*, et *qu'il ne passe au nouveau propriétaire* QU'AVEC LES DROITS, *qui appartenaient au précédent;* d'où M. Tronchet concluait que, puisque l'on se bornait à dire que *la transcription ne purge pas les priviléges et hypothèques,* il était évident *qu'elle purge la propriété* (Locré, t. XVI, p. 286); or, précisément, la section de législation modifia l'article 92, en substituant à ces mots, ceux-ci, qui forment l'article 2182 : « *Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la* PROPRIÉTÉ *et* LES DROITS, *qu'il avait lui-même sur la chose vendue,* pour faire bien comprendre que la transcription ne purge pas plus la *propriété* que les *priviléges et les hypothèques.*

Et d'autre part, l'intitulé du chapitre VIII du projet était ainsi conçu : *Du mode de* CONSOLIDER *les propriétés et de les purger des priviléges et hypothèques;* et le mot : *consolider* se trouvait aussi dans les articles 76 et 88; or, ce mot a été supprimé de l'intitulé du chapitre VIII,

et des articles 2167 et 2179, qui correspondent, dans notre Code, aux articles 76 et 88 du projet; suppression, qui démontre que la transcription n'était pas requise pour *consolider* la propriété; et voilà bien, en effet, ce que le Tribunat déclara, de la manière la plus explicite : « Il est nécessaire, disait-il, de supprimer le mot : *consolider*, qui n'est plus employé dans le projet de loi; *ses principes étant différents, quant à la nécessité de la transcription, de ceux consignés dans l'article* 26 *de la loi du* 11 *brumaire an VII.* »

N'est-ce pas clair! (Locré, t. XVI, p. 236, 283 à 289, 306 et 319).

3° Il est vrai que l'on trouve encore, dans notre Code, des articles, qui sembleraient impliquer le maintien de la loi du 11 brumaire an VII et du régime de la transcription; mais ce sont là seulement des vestiges et comme des débris de la législation ancienne, dont le législateur nouveau n'a pas, comme il arrive presque toujours, complétement déblayé le sol juridique.

Est-ce que l'on ne trouve pas encore aussi, dans notre Code, des articles qui sembleraient impliquer la nécessité de la tradition pour la translation de la propriété, soit mobilière, soit même immobilière (art. 1238, 1303, 1867);

D'où plusieurs jurisconsultes ont conclu que cette condition y était, en effet, nécessaire! (comp. Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 491, 493; Delvincourt, t. II, p. 405; Toullier, t. III, n° 476.)

Conclusion impossible, qui nous ferait rétrograder de plusieurs siècles, et que ne sauraient justifier certains articles, dans lesquels le législateur nouveau a conservé, par inadvertance, quelques traces de la législation ancienne (comp., *supra*, n° 467).

4° Il est vrai encore que la transcription est requise, par les articles 939 et 941, dans les donations entre-vifs de biens susceptibles d'hypothèque, pour la translation

de la propriété, à l'égard des tiers (ajout. art., 1069, 1072).

Mais nous avons déjà remarqué que cette mesure de publicité, spéciale aux donations entre-vifs, et que notre Code a maintenue d'après les Ordonnances de 1539 et de 1731, n'a jamais dû être confondue avec la transcription, qui était requise par la loi du 11 brumaire an VII; la preuve en est qu'aujourd'hui encore, elle est distincte de la transcription, qui est requise par la loi du 23 mai 1855, pour les aliénations à titre onéreux (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n°s 230 et suiv.).

5° Enfin, à supposer (ce que d'ailleurs nous n'admettons pas), qu'il pût exister, à cet égard, quelque doute sous l'empire du Code civil, ce doute aurait disparu depuis la promulgation des articles 834 et 835 du Code de procédure.

Du Code civil de 1804, tel que nous venons de l'exposer, il résultait que les créanciers hypothécaires du vendeur, qui ne s'étaient pas inscrits *avant* la vente que leur débiteur avait faite de l'immeuble, ne pouvaient pas s'inscrire *après*; et telle était, en effet, la disposition de l'article 2166; disposition rigoureuse et regrettable sans doute, puisque le créancier, même le plus diligent, se trouvait à la merci de son débiteur, qui pouvait, après que le créancier avait obtenu une hypothèque sur un de ses immeubles, la rendre illusoire, en aliénant immédiatement l'immeuble, sans laisser à son créancier le temps nécessaire pour requérir inscription!

Ce fut une grande habileté de la Régie de l'enregistrement de saisir ce côté faible du nouveau Code; la suppression de toute mesure de publicité comme condition de la translation, à l'égard des tiers, de la propriété immobilière, par les contrats à titre onéreux, devait nécessairement amener une diminution notable dans les produits des inscriptions et des transcriptions; aussi, la Régie

donna-t-elle pour instruction aux conservateurs des hypothèques, d'inscrire tous les titres de créances hypothécaires, qui leur seraient présentés jusques à la transcription des contrats des tiers acquéreurs. Cette prétention fut communiquée par le ministre des finances au ministre de la justice, qui la désapprouva; et c'est en conséquence d'un rapport adressé par lui au chef du gouvernement, que fut rendu, le 11 fructidor an XIII, un avis du Conseil d'État, qui décide que « *depuis le Code civil, la vente authentique suffit pour arrêter le cours des inscriptions, même par rapport aux créanciers antérieurs du vendeur, dont l'hypothèque, non inscrite au temps de la vente, est sans force, à l'égard d'un tiers acquéreur* » (comp. Merlin, *Répert.*, t. XVI, p. 454).

Mais restait toujours l'objection, que les créanciers pouvaient n'avoir pas eu le temps de s'inscrire avant la vente!

Et ce fut pour y satisfaire, sur les instances de la Régie, que l'article 834 accorda aux créanciers antérieurs à l'aliénation volontaire, le droit de s'inscrire encore après cette aliénation et jusque dans la quinzaine de la transcription de l'acte translatif de propriété.

La transcription était donc ainsi devenue nécessaire.

Oui!... mais pourquoi?

Pour opérer la translation de la propriété, et pour empêcher le vendeur de consentir de nouvelles hypothèques depuis la vente?

Pas du tout!

La transcription n'était nécessaire, d'après l'article 834 du Code de procédure, que pour arrêter le cours des inscriptions du chef des créanciers *antérieurs à la vente.*

Et voilà comment une prétention, toute fiscale dans son principe, avait produit une amélioration excellente, en effet, pour le droit privé, dans l'intérêt des tiers.

Mais cette amélioration n'allait pas plus loin; et elle avait laissé subsister le principe du Code Napoléon, que

la transcription n'était pas nécessaire pour opérer la translation de la propriété immobilière, à l'égard des tiers (comp. Poitiers 18 janvier 1810, Sirey 1810, II, 374; Trèves, 9 févr. 1810, Sirey 1812, II, 177; Cass., 8 mai 1810, Sirey, 1810, I, 265; Cass., 16 oct. 1810, Sirey 1811, I, 25; Bruxelles, 6 août 1811, Sirey 1812, II, 232; Cass., 19 août 1818, Sirey 1819, I, 24; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 46; *des Priv. et Hypoth.* t. IV, n°s 894 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 248 et suiv.; Colmet de Santerre, t. V, n° 56, *bis*, II).

445. — *e*. Nous arrivons à la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, qui forme l'époque actuelle (*supra*, n° 434).

Le régime du Code Napoléon, tel que nous venons de l'exposer, soulevait des objections graves.

L'un de ses inconvénients avait été, il est vrai, corrigé par les articles 834 et 835 du Code de Procédure.

Mais ce n'était là qu'une atténuation fort incomplète.

L'inconvénient capital subsistait toujours, à savoir : qu'un homme de mauvaise foi pouvait vendre de nouveau ou hypothéquer un immeuble, qu'il avait déjà vendu antérieurement, sans que les tiers, le second acheteur ou le créancier hypothécaire, eussent légalement un moyen certain de se garantir contre cette fraude!

Ce n'est pas, toutefois, que ces fraudes aient été fréquentes; il est même notable que la pratique ne s'en est jamais que médiocrement émue, dans le long espace de temps pendant lequel ce régime a duré!

Mais le danger n'en existait pas moins ; et il y en avait eu, d'ailleurs, des exemples.

Et puis, enfin, théoriquement, il était impossible de ne pas reconnaître le vice d'un système, qui admettait que la propriété foncière pouvait être déplacée, sans que les tiers eussent aucun moyen de connaître ce déplacement.

Aussi, les jurisconsultes et les économistes n'avaient-ils

pas cessé d'en demander la réforme; et les réclamations devinrent surtout très-vives, lorsque l'on entreprit de donner, en France, une organisation plus solide au *crédit foncier*.

Après plusieurs essais, qui n'eurent pas de résultat, cette réforme a été accomplie par la loi du 23 mars 1855.

446. — Cette loi, comme son titre même l'indique, a rétabli, en France, la formalité de la transcription pour les actes entre-vifs translatifs à titre onéreux de la propriété immobilière; et elle l'étend même à un certain nombre d'autres actes, qui en avaient été affranchis dans les législations antérieures.

Les articles 1 et 2 sont ainsi conçus :

Article 1er : « Sont transcrits au bureau des hypothè-« ques de la situation des biens :

« 1° Tout acte entre-vifs translatif de propriété im-« mobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothè-« ques;

« 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits;

« 3° Tout jugement qui déclare l'existence d'une con-« vention verbale de la nature ci-dessus exprimée;

« 4° Tout jugement d'adjudication autre que celui « rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un « copartageant.

Article 2 : « Sont également transcrits :

« 1° Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, « d'usage et d'habitation;

« 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes « droits;

« 3° Tout jugement, qui en déclare l'existence, en vertu « d'une convention verbale;

« 4° Les baux d'une durée de plus de dix-huit années;

« 5° Tout acte ou jugement constatant, même pour un « bail de moindre durée, quittance ou cession d'une « somme équivalente à trois années de loyers ou fermages « non échus. »

447. — De nombreuses et difficiles controverses se sont élevées et s'agitent encore sur cette loi.

Nous ne pourrions pas entreprendre de les examiner toutes, sans commettre une digression qui nous éloignerait tout à fait de l'objet de notre étude, dans le Code Napoléon.

La solution principale, que nous devons chercher dans la loi de 1855, est donc celle-là surtout qui s'y rattache, à savoir : sous quelle condition s'opère désormais, d'après cette loi, la transmission de la propriété immobilière?

Or, à cet effet, il importe de citer les deux articles, qui déterminent, en quelque sorte, corrélativement, l'effet du défaut de transcription, et l'effet de la transcription :

Article 3 : « Jusqu'à la transcription, les droits résul-
« tant des actes et jugements énoncés aux articles précé-
« dents ne peuvent être opposés aux tiers, qui ont des
« droits sur l'immeuble et qui les ont conservés, en se
« conformant aux lois.

« Les baux, qui n'ont point été transcrits, ne peuvent
« jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-
« huit ans. »

Article 6 : « A partir de la transcription, les créan-
« ciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des
« articles 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon, ne
« peuvent utilement prendre inscription sur le précédent
« propriétaire.

« Néanmoins, le vendeur ou le copartageant peuvent
« utilement inscrire les priviléges à eux conférés par les
« articles 2108 et 2109 du Code Napoléon, dans les qua-
« rante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, no-
« nobstant toute transcription d'acte faite dans ce délai.

« Les articles 834 et 835 du Code de procédure civile
« sont abrogés. »

Il convient encore de citer l'article 7, qui est ainsi conçu :

« L'action résolutoire établie par l'article 1654 du

« Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinction « du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont « acquis des droits sur l'immeuble, du chef de l'acqué- « reur, et qui se sont conformés aux lois pour les con- « server. »

Eh bien! donc, en quoi consiste, d'après ces articles, le changement que la loi nouvelle apporte dans le Code Napoléon?

448. — Nous avons vu que, d'après le Code Napoléon, la mutation de la propriété immobilière s'opère, par le seul effet de la convention, et sans transcription, *non-seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers.*

Résulte-t-il de la loi du 23 mars 1855, que la mutation de la propriété immobilière ne s'opère, au contraire, désormais que par la transcription, *non-seulement à l'égard des tiers, mais encore entre les parties?*

Plus spécialement, la transcription est-elle nécessaire, pour que le vendeur lui-même soit dessaisi de la propriété, à l'égard de l'acheteur et de ses ayants cause?

Tel est, en effet, le problème nouveau, que la loi du 23 mars 1855 a fait naître.

Et voilà comment le principe excellent, qui paraissait si bien conquis, de la translation de la propriété entre les parties, par le seul effet de leur consentement, se trouve aujourd'hui remis en question!

Un parti considérable, dans la doctrine et dans la jurisprudence, enseigne, en effet, que c'est par la transcription seulement que le vendeur est dessaisi de la propriété et que l'acquéreur en est saisi; d'où il conclut que, tant que la transcription n'a pas été faite, le vendeur n'a besoin d'invoquer, et ne pourrait même invoquer ni privilége ni droit de résolution, puisqu'il conserve, avec la propriété, un droit qui les exclut, et qui est bien plus énergique encore, le droit de revendication!

« Pas de transcription, disait M. le conseiller Bayle- « Mouillard, dans un remarquable rapport devant la Cour

« de cassation, pas de dessaisissement du vendeur. « Aucun créancier de l'acheteur n'a pu acquérir utile- « ment des droits sur cet immeuble, dont cet acheteur « n'était pas saisi.... Qu'on ne dise pas que le vendeur « n'a rempli aucune formalité, qu'il n'a pris aucune me- « sure conservatoire; il n'a rien à conserver, tant que la « transcription n'est pas faite; car, jusqu'à l'accomplis- « sement de cet acte, il n'a pas cessé d'être saisi; il « est toujours propriétaire à l'égard des tiers, et n'a be- « soin ni d'action résolutoire ni de privilége.... » (Dev., 1860, I, 608-609.)

Voila bien le système!

1° On le fonde, d'abord, sur le texte même de la loi du 23 mars 1855.

« Avant tout, dit encore M. Bayle-Mouillard, la loi « de 1855 est une loi de publicité au profit du ven- « deur.

« L'article 1er soumet à la transcription tout acte « translatif de propriété immobilière; l'article 3 décide « que jusqu'à la transcription, l'acte ne peut être opposé « aux tiers, auxquels le vendeur a transféré des droits « sur l'immeuble.

« L'article 6 dispose qu'après la transcription, les créan- « ciers du vendeur ne peuvent plus inscrire ni privilége, « ni hypothèque; mais ils l'ont pu jusque-là.

« De là il résulte bien certainement que, *nonobstant toute « vente, l'ancien propriétaire n'est dessaisi, et que le nou- « veau propriétaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par « la transcription....* » (*Loc. supra cit.*)

2° On ajoute que les travaux préparatoires témoignent que telle a été la pensée des nouveaux législateurs.

A propos de la discussion de l'article 6, dans la séance du 2 mai au Conseil d'État, un doute s'était élevé dans l'esprit de M. Marchand.

Lorsque l'acheteur était marié, l'hypothèque légale de la femme, antérieure à la vente, antérieure à la transcrip-

tion, ne frapperait-elle pas l'immeuble vendu, avant le privilége du vendeur?

Voici, dit M. Rouher, la réponse à l'objection de M. Marchand :

« L'acheteur ne confère pas de droits à sa femme par « l'acquisition, qu'il a faite; la femme est un tiers; le « droit, vis-à-vis des tiers, n'est établi que par la transcrip- « tion; la femme n'a pas de droits sur l'immeuble jus- « qu'au moment où la transcription est opérée; or, par « l'effet même de la transcription, le privilége du ven- « deur se révèle.... »

Et M. Rouland ajoute, dans le même sens, que « le « système nouveau a cet effet que la saisine, au profit des « tiers, n'existe qu'au moyen d'un acte rendu public. »

Enfin, dans l'Exposé des motifs, voici comment M. Suin s'exprime :

« L'effet du dessaisissement opéré par la trancription est « double à l'égard des tiers, suivant qu'ils tiennent de « vendeur ou de l'acquéreur, les droits qui frappent l'im- « meuble, objet du contrat..... *Quant à ceux qui tiennent « leurs droits de l'acquéreur, le dessaisissement du vendeur « ne s'opère que sous la condition de la conservation de son « droit qui reste protégé par l'article* 2108 *du Code Na- « poléon;* la transcription ne le dessaisit qu'en lui réser- « vant son privilége; et les hypothèques, même légales « ou judiciaires, qui grèvent l'acquéreur, ne s'emparent « de l'immeuble que sous la condition, qui l'a fait entrer « dans son domaine, le respect du privilége du ven- « deur....» (Comp. Appendice au Commentaire de M. Troplong, sur la transcription, p. 10 et 11.)

3° Enfin, dit-on, la logique même des principes conduit nécessairement à ce résultat.

Il est certain que le vendeur peut, tant que la transcription n'a pas eu lieu, consentir une seconde vente, et que le second acquéreur, s'il a transcrit, sera préférable au premier; de même que l'hypothèque consentie par le

vendeur, *depuis* la vente et *avant* la transcription, est opposable à l'acquéreur.

Or, s'il en est ainsi, c'est donc que le vendeur a conservé la propriété ; car la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599) ; et si la première vente l'avait dessaisi de la propriété de l'immeuble, il ne pourrait pas la transmettre à un second acquéreur.

Et, si le vendeur est resté propriétaire jusqu'à la transcription, c'est donc que l'acquéreur ne l'est pas encore devenu ! c'est donc que l'acquéreur qui n'est pas encore propriétaire, ne peut transmettre lui-même aux tiers aucun droit sur l'immeuble !

« Attendu, dit la cour de Bordeaux (dans un arrêt, « qui consacre cette doctrine), qu'il impliquerait que le « vendeur ne fût pas, à l'égard des tiers, dessaisi avant « la transcription ; — qu'il peut valablement disposer, à « leur égard, de la propriété, et que l'acquérenr eût le « même droit ; — que tant que le vendeur n'est pas dessaisi « à l'égard des tiers, l'acquéreur ne peut être saisi.... » (15 juill. 1857, Martaguet, Dev., 1857, II, 641 ; comp. Cass., 1er mai 1860, Lavauzelle, Dev., 1860, I, 602 ; Dijon, 13 mai 1864, Lachouille, Dev., 1864, II, 244 ; Pont, *Des Privil. et Hypoth.*, et *Revue crit.*, t. XVI, p. 289 et 385 ; Rivière et Huguet, *Quest. sur la trnscription*, n° 374.)

449. — Nous ne saurions admettre cette doctrine ; ce n'est nullement, suivant nous, au profit du vendeur contre l'acheteur et ses ayants cause, que la loi du 23 mars 1855 a établi la formalité de la transcription ; cette loi maintient, au contraire, le principe que, entre le vendeur et l'acheteur ou ses ayants cause, la vente est parfaite par le seul consentement ; et son seul but, ou du moins son but principal, est de pourvoir à la garantie des tiers, auxquels le vendeur pourrait conférer des droits sur l'immeuble, dans l'intervalle de la vente à la transcription ; ce que, en effet, la loi de 1855 décide seule-

ment, c'est que la vente, non transcrite, sera inefficace, à l'égard de ces tiers, et ne pourra pas leur être opposée.

Telle est notre thèse; et nous croyons pouvoir la démontrer : — soit d'après les discussions préparatoires de la loi; — soit d'après son texte; — soit d'après le but essentiel qu'elle s'est proposé d'atteindre; comme aussi d'après les principes généraux du droit :

1° Nous ne voulons pas nier l'extrême gravité des déclarations, qui ont été faites en faveur de la doctrine que nous combattons, par M. Rouher, dans la discussion du Conseil d'État, et par M. Suin, dans l'Exposé des motifs.

Et pourtant, nous osons dire que ces déclarations individuelles n'expriment pas la véritable pensée de la loi, et qu'elles se trouvent tout d'abord contredites par l'ensemble des travaux préparatoires eux-mêmes.

De ces travaux, en effet, se dégage nettement cette double intention du législateur de 1855 :

D'une part, il ne veut pas changer le Code Napoléon, mais seulement le compléter : « *La loi nouvelle*, dit M. Persil, *ne contredit point, mais complète le Code Napoléon; le Code dit comment la vente est parfaite entre les parties; et à cet égard, rien n'est changé....* »

L'Exposé des motifs s'exprime en termes plus explicites encore :

« *Il ne s'agit pas de porter sur le Code Napoléon une main sacrilége; ses dispositions resteront intactes; son économie entière. Nous ne vous présentons que des dispositions, pour ainsi dire additionnelles...; compléter n'est pas détruire...* »

D'autre part, le législateur de 1855 veut, à cet effet, restaurer le régime de la loi du 11 brumaire an VII; c'est encore l'Exposé des motifs qui le déclare :

« *La transcription était établie par l'article* 26 *de la loi du* 11 *brumaire an VII; et tout annonçait sa conservation*

dans le Code Napoléon...; aujourd'hui l'institution du crédit foncier, le besoin de sécurité dans ses nombreuses opérations, imposant LE DEVOIR DE REVENIR A CETTE DOCTRINE ; c'est l'objet de l'article 1.... »

Or, d'après le Code Napoléon, la vente est parfaite, *entre les parties*, par le seul consentement; et dès ce moment, *la propriété est acquise, de droit, à l'acheteur à l'égard du vendeur*, indépendamment de toute transcription (art. 711, 1138, 1583; *supra* n° 444);

Donc, la loi de 1855, *qui n'a rien changé au Code Napoléon*, y a laissé, en effet, subsister ce principe fondamental!

Il n'est pas moins incontestable que, d'après la loi du 11 brumaire an VII, la transcription n'empêchait pas que la propriété fût immédiatement transmise du vendeur à l'acheteur par le seul effet de la vente, et qu'elle n'avait d'autre but que de protéger, contre les fraudes du vendeur, les tiers, qui contracteraient avec lui dans l'intervalle de la vente à la transcription; donc, la loi nouvelle, qui se borne *à revenir* à la loi intermédiaire, ne se propose pas, elle-même, un autre but!

Nous savons bien que la même théorie, qui vient de se produire sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, s'était déjà produite, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII; et que même elle avait été consacrée par un arrêt de la cour de Rouen, du 7 décembre 1809, qui décidait « que de la loi du 11 brumaire an VII résultent très-incontestablement ces deux vérités : la première, que jusqu'à la transcription, pour laquelle la loi ne fixe point de délai, la vente bien convenue et bien constante entre les parties n'opérait pas la translation définitive de la propriété; la seconde, que jusque-là, cette propriété *qui n'avait point cessé d'être celle du vendeur, et qui n'était point devenue celle de l'acquéreur*, ne pouvait être engagée et hypothéquée par ce dernier, au préjudice des droits toujours subsistants et du vendeur et de ses créanciers

inscrits... » (Comp. Guichard, *Jurisprud. hypoth.*, t. IV, p. 443; ajout., Colmar, 6 déc. 1806; et Nîmes, 20 févr. 1808, Dev. et Car, *Collect. nouv.*, 11, II, 179 et 352.)

Mais, cette théorie n'avait pas, malgré ces décisions isolées, réussi à s'établir dans la jurisprudence; et la vérité est qu'elle s'écartait tout à la fois de la pensée et du texte de la loi de l'an VII! (Comp., Paris, 9 messidor, an XII, Robinson, D., *Rec. alph.*, v° *Privil. et Hypoth.*, n° 1723; Cass., 28 mai 1807, mêmes parties; Turin, 16 mars 1811, Berutti, *Jurisp. hypoth.*, *cit. supra*, p. 443 et 448; Cass., 20 nov. 1822, Duportail, D., *Rec. alph.*, *loc. cit.*, n° 1724.)

430.—2° Elle ne s'écarte pas moins aujourd'hui de la pensée et du texte de la loi du 23 mars 1855.

Objectera-t-on qu'il existe une différence de rédaction entre l'article 26 de la loi de l'an VII et de l'article 3 de la loi de 1855; et que, tandis que le premier portait seulement que les actes non transcrits ne pouvaient pas être opposés *aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur* et qui s'étaient conformés aux dispositions de cette loi, le second porte, en termes plus généraux, que ces actes ne peuvent être opposés *aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble...?*

Il est vrai; mais ce qui résulte uniquement de cette différence, c'est que l'article 3 de la loi de 1855 a voulu que l'on considérât comme *tiers*, non-seulement ceux qui auraient acquis des droits sur l'immeuble, en contractant avec le vendeur, comme un second acheteur ou un créancier à hypothèque conventionnelle, mais encore ceux qui y auraient acquis des droits de son chef, sans contracter avec lui, comme son créancier à hypothèque légale ou judiciaire, et les ayants cause ou les créanciers hypothécaires des propriétaires précédents; nous dirons même que, en ce point, la loi nouvelle nous paraît meilleure que la loi ancienne, et atteindre plus complétement le but de publicité, qu'elle se propose.

Mais cette différence n'empêche pas que les deux lois, la nouvelle aussi bien que l'ancienne, accordent exclusivement aux tiers le droit d'opposer le défaut de transcription de l'acte d'aliénation; *aux tiers*, c'est-à-dire aux personnes, *qui sont étrangères à cet acte ;*

Or, les parties elles-mêmes, le vendeur, pas plus que l'acheteur, ne sauraient apparemment être considérées comme des *tiers*, relativement à l'acte qu'elles ont consenti;

Donc, d'après le texte même de notre loi, le vendeur ne peut pas opposer le défaut de transcription de la vente;

Et non-seulement d'après le texte, mais d'après le motif le plus élémentaire de ce texte!

Quel est, en effet, le but de la transcription?

C'est d'apprendre l'existence de la vente à ceux qui pourraient l'ignorer;

Or, est-ce que l'on a besoin d'apprendre l'existence de la vente au vendeur lui-même!

451. — 3e Mais, dit-on, la preuve que les ayants cause de l'acheteur ne peuvent pas se prévaloir de la vente, contre le vendeur, tant que l'acte n'a pas été transcrit, c'est que l'hypothèque légale de la femme de l'acheteur, de même que les hypothèques de ses autres créanciers, qui auraient été inscrites sur l'immeuble, avant la transcription, ne primeront pourtant pas le privilége du vendeur.

Eh non sans doute! elles ne le primeront pas!

Mais pourquoi?

Est-ce, comme l'ont dit MM. Rouher et Suin, parce que la propriété ne serait pas encore acquise à l'acheteur?

Pas du tout!

C'est par l'effet d'un principe général, de ce principe tout simple, que le privilége prime l'hypothèque, et que le vendeur, en effet, a un privilége, tandis que la femme de l'acheteur n'a qu'une hypothèque (art. 2095); et encore, faudra-t-il, pour conserver cette prééminence de son privilége, que le vendeur, lorsqu'il y aura eu transcription, le

fasse inscrire, au plus tard, dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente (art. 6).

Supposez, en effet, au lieu d'une hypothèque légale ou conventionnelle du chef de l'acheteur, une revente de l'immeuble consentie par lui, et que le second acheteur ait fait transcrire son contrat.

Le second acheteur sera-t-il propriétaire, à l'encontre du vendeur originaire?

Oui certainement!

Donc, le premier acheteur avait acquis la propriété, avant la transcription de son propre titre; car s'il ne l'avait pas acquise, il n'aurait pas pu la transmettre; et surtout, si le vendeur originaire l'avait conservée, il n'aurait pas pu la perdre par le fait d'une sous-aliénation consentie par l'acheteur!

Cet argument nous paraît tranchant; et la meilleure preuve en est l'impossibilité, où l'un des plus éminents défenseurs de la doctrine que nous combattons, s'est trouvé d'y fournir une réponse satisfaisante :

« *L'acheteur cependant peut revendre avant la transcrip-* « *tion*, dit M. Bayle-Mouillard; *mais*, *pour être efficace*, *le* « *nouvel acte doit être transcrit; et même, dans ce cas ex-* « *ceptionnel, c'est encore une transcription*, *qui dessaisit le* « *premier vendeur* » (Dev. 1860, I, 607, note I).

Comment! le législateur aurait commis cette inconséquence de décider en même temps : d'une part, que le vendeur ne serait dessaisi que par la transcription de l'acte de vente, qui lui conserverait, en le dessaisissant de la propriété, son privilége et son droit de résolution; et d'autre part, que ce même vendeur, après quarante-cinq jours, à dater de la vente, pourrait perdre la propriété avec son privilége et son droit de résolution, par la transcription d'une seconde vente, sans que la vente par lui consentie eût été transcrite!

Non! ce n'est pas là une réponse admissible! et il demeure, suivant nous, démontré que l'acquéreur est

devenu propriétaire, à l'égard du vendeur, *dès avant la transcription de son contrat*, par cela même qu'il a pu, *dès avant la transcription de son contrat*, transmettre la propriété à un sous-acquéreur !

Mais, ajoute le savant rapporteur de la Cour de cassation, *même dans ce cas exceptionnel, c'est encore une transcription, qui dessaisit le premier vendeur*.

Une transcription !... et laquelle donc ?

Celle de la sous-aliénation?

Mais vraiment, qu'importe cette transcription au premier vendeur?

Primus a vendu à Secundus, qui n'a pas transcrit ;

Secundus a vendu à Tertius, qui a transcrit.

Si, comme M. Bayle-Mouillard le prétend, Secundus ne peut devenir propriétaire, à l'égard de Primus, que par la transcription de son acte de vente, est-ce qu'il est possible qu'il devienne propriétaire, à l'égard de ce même Primus, par la transcription de l'acte de vente, qu'il a consenti, lui, à Tertius ?

Évidemment non!

Secundus, dans ce système, n'étant pas propriétaire, n'a pas pu rendre Tertius propriétaire ; et cette transcription de la sous-aliénation ne signifie absolument rien, en ce qui le concerne ; car elle ne peut pas faire que Tertius, simple ayant cause de Secundus, ait plus de droit que son auteur ! (Comp. *infra*, n° 463.)

452. — 4° Et maintenant, est-il nécessaire de répondre à l'argument qui consiste à dire que le vendeur, ayant toujours le droit, avant la transcription, de disposer de la propriété au profit des tiers, il impliquerait que l'acquéreur eût le même droit ; puisque, si le vendeur n'est pas dessaisi, l'acquéreur ne peut pas être saisi !

La réponse est bien simple :

C'est qu'il n'est nullement exact de prétendre que le vendeur ait encore, après la vente, même non transcrite, le droit de disposer de la propriété de l'immeuble !

Non certes ! puisque la propriété *est acquise, de droit, à l'acheteur, à l'égard du vendeur,* par le seul et immédiat effet de la vente! (Art. 1583.)

Ce qui est vrai seulement, c'est que le droit de propriété de l'acheteur est inefficace à l'égard des tiers, qui, avant la transcription, ont acquis des droits, du chef du vendeur; mais, sauf cette inefficacité toute relative, son droit n'en existe pas moins, à l'égard du vendeur lui-même.

Aussi, bien loin que le vendeur, qui dispose de l'immeuble après la vente, exerce, en effet, un droit, il faut proclamer, au contraire, très-haut, qu'il commet une action malhonnête !

« De ce qu'un homme de mauvaise foi, dit M. Rivière, peut concéder à des tiers, des droits sur un immeuble qu'il a déjà vendu, il n'est ni juste ni rationnel d'en tirer une conséquence, quant aux droits, qu'il peut avoir lui-même. » (*Revue crit.*, t. XV, p. 439.)

Et ce n'est pas le seul exemple d'une telle situation!

Le vendeur ou le cédant d'une créance est, sans aucun doute, dessaisi, à l'égard de l'acquéreur ou cessionnaire, par le seul effet de la vente; et pourtant, s'il l'a vendue à un second acquéreur, et que celui-ci ait fait signifier la seconde vente au débiteur, avant la première, il sera préféré! (Art. 1689, 1690, *infra*, n° 483.)

De même, nous allons voir que le vendeur d'un meuble en a perdu la propriété, à l'égard de l'acheteur, par le seul effet de la vente, indépendamment de toute tradition; et pourtant, s'il a vendu ce meuble à un second acheteur de bonne foi, auquel la tradition en a été faite, ce second acheteur sera préféré au premier ! (Art. 1141, *infra*, n° 465.)

Eh bien! il en est ainsi du vendeur d'un immeuble; il en a, lui aussi ! perdu la propriété, à l'égard de l'acheteur, par le seul effet de la vente; et c'est seulement par une exception relative aux tiers, qui tiennent leurs

droits de son chef, que cette vente est inefficace, en ce qui les concerne, tant que la transcription n'a pas eu lieu.

Ce n'est donc pas du tout, comme on l'a dit très-inexactement, à notre avis, *pour le vendeur*, que la loi du 23 mars 1855 a établi la formalité de la transcription !

C'est, au contraire, *contre le vendeur*, en ce sens que son but essentiel a été de protéger les tiers contre les fraudes, que le vendeur pourrait commettre à leur préjudice.

Voilà notre conclusion, dans laquelle nous avons été très-affermi par l'étude remarquable, que notre cher et savant collègue, M. Duverger, a consacrée à cette thèse (*De l'effet de la transcription, relativement aux droits du vendeur,* 1865 ; comp. Nancy, 6 août 1859, Willemart, Dev., 1859, II, 594 ; Cass., 14 mars 1859 Toureil, Dev., 1859, I, 833 ; Troplong, *Comm. de la loi du 23 mars* 1855, n°s 143 et 152 ; Mourlon, *Exam. crit.*, t. II, n° 379 ; Humbert, *Revue histor. de droit franç. et étr.*, t. I, p. 484 ; Rivière, *Revue crit.*, t. XV, p. 440 ; Gauthier, *J. du P.*, 1857, p. 1220 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 275, 278 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 50 *bis*, V ; Larombière, t. I, art. 1138, n° 48 ; Paul Gide, *Revue crit.*, avril 1865 ; Audier, *Revue pratique*, 1867, p. 137 et suiv.).

453. — Mais ce dessaisissement du vendeur, qui s'opère par l'effet de la vente, dès avant la transcription, est-il total, ou seulement partiel?

En d'autres termes, le vendeur ne perd-il sa propriété, que sous la réserve de son privilége? et conserve-t-il son privilége comme un droit réel retenu par lui, lors de la vente, qui le dessaisit?

L'affirmative est enseignée par l'un des plus éminents professeurs de la faculté de droit de Paris.

Voici comment M. Valette s'exprime :

« La vérité est que le privilége de l'aliénateur prime « les hypothèques des créanciers de l'acquéreur, par ce

« motif d'une justesse frappante *que le bien n'est entré* « *dans le patrimoine de l'acquéreur que moins le droit réel* « *appelé privilége, lequel a été retenu ou réservé par l'alié-* « *nateur....* »

«.... Le vendeur, dit-on, même avant la transcrip- « tion, a cessé d'être propriétaire. — *Plein propriétaire,* « oui, nous l'accordons; *le droit de propriété s'est atténué* « *dans ses mains et réduit aux limites du privilége;* ce qui « revient à dire que le vendeur a retenu le privilége, lors de « l'aliénation; *il est évidemment dans une position analogue* « *à celle d'un aliénateur, qui s'est réservé un droit d'usu-* « *fruit ou de servitude; il n'a pas aliéné ce qu'il a gardé.* « *Que l'on suppose ou non une revente, faite par son acqué-* « *reur, cela doit lui être, en soi, très-indifférent; et il n'a,* « *pour sa part, aucune formalité obligatoire à remplir, puis-* « *qu'il n'a rien acquis et s'est borné à conserver.*

«.... On peut même dire, en termes plus énergiques, « que *l'aliénation connue du public par l'examen du titre,* « n'est qu'une ALIÉNATION PARTIELLE.... » (*De l'effet or-* « *dinaire de l'inscription en matière de priv. sur les im-* *meubles,* p. 68 et 83; et *Revue pratique*, t. XVI, p. 437-443).

Cette doctrine est assurément savante et ingénieuse; et nous avons même été d'abord enclin à l'adopter; il est facile, d'ailleurs, d'apercevoir les graves conséquences, qui en résulteraient dans le régime des priviléges et hypothèques, si elle était juridique.

Mais est-elle juridique?

Voilà ce que nous ne croyons pas.

L'idée sur laquelle elle repose, et qui consiste à considérer le privilége du vendeur comme un démembrement de la propriété, à l'instar d'un droit d'usufruit ou de servitude, ne nous paraît pas exacte :

1° Qu'elle soit contraire aux traditions historiques, dans le droit privé, c'est ce qui résulte des témoignages de nos anciens auteurs, parmi les plus autorisés.

« *Aujourd'hui,* disait Despeisses, *cette clause* (la clause de précaire, d'où procédait originairement, dans les pays de droit écrit, le privilége du vendeur), *n'empêche pas la translation de propriété et n'opère qu'une hypothèque spéciale et privilégiée, en vertu de laquelle le vendeur a droit de faire vendre la chose....*» (Comp. *Revue pratique*, t. IV, p. 448 ; *Études crit. sur les origines romaines du droit franç.*, par Gabriel Demante.)

Simon d'Olive n'était pas moins explicite :

« *La clause de précaire ne va pas à détruire la nature* « *du contrat auquel on l'attache,* mais à conserver les in- « térêts du vendeur, qui se dépouille de son bien sans « prendre de l'argent; ainsi, faut-il avouer que *son effet* « *n'est pas d'empêcher la translation de propriété et de la* « *possession civile*, *et de la tenir en surséance jusqu'a l'en-* « *tière satisfaction du prix, mais bien d'acquérir au ven-* « *deur, pour sa sûreté, une hypothèque spéciale et privi-* « *légiée....* » (*Quest. notables*, liv. II, chap. XVII, I, p. 228.)

Les jurisconsultes des pays coutumiers, qui n'avaient pas à compter avec les origines romaines, enseignaient plus nettement encore, sans se préoccuper de la clause expresse ou tacite de précaire, que « *la loi seule, en cer-* « *tains cas, donne un hypothèque au créancier...; et telle* « *est celle,* disait Pothier, *que le vendeur d'un héritage a* « *sur cet héritage pour le prix, qui lui est dû....* » (*Traité de l'hypothèque,* chap. I, sect. I, art. 3.)

2° Or, scientifiquement, nous ne croyons pas que l'hypothèque puisse être considérée, à l'égal du droit d'usufruit ou de servitude, comme un démembrement du droit de propriété; nous avons déjà rappelé ailleurs qu'elle paraît n'avoir jamais été considérée comme telle ni en droit romain, ni dans notre ancienne jurisprudence (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — de la Propriété,* etc. T. I, n° 471).

Et nous pouvons en fournir une nouvelle preuve, tout à fait topique quant au but de notre démonstration actuelle.

Cette preuve très-directe, en effet, résulte de l'Édit de 1770, qui abrogeait les décrets volontaires et établissait les lettres de ratification; voici en quels termes l'article 7 faisait la distinction de ceux des droits, que les lettres de ratification pourraient purger, d'avec ceux qu'elles ne pourraient pas purger :

« Les lettres de ratification purgeront *les hypothèques et* « *priviléges,* à l'égard de tous les créanciers des ven- « deurs...; sans néanmoins que lesdites lettres de rati- « fication puissent donner aux créanciers des acquéreurs, « *relativement à la propriété, droits réels fonciers, servi-* « *tudes et autres,* plus de droits que n'en auraient les « vendeurs; l'effet desdites lettres étant restreint à pur- « ger *les priviléges et hypothèques seulement.* »

3° Enfin, comment serait-il possible de répondre à ce dernier argument :

Aucun créancier de l'acheteur, si privilégié qu'on le suppose, ne pourrait être, bien entendu, payé sur le prix d'un *démembrement de propriété*, que le vendeur se serait réservé! et, si le vendeur, en effet, s'était réservé un droit d'usufruit, la nue-propriété formerait seule le gage des créanciers, même les plus privilégiés, de l'acheteur;

Or, il est certains créanciers de l'acheteur, dont le privilége est préférable au privilége du vendeur, et qui passent avant lui, sur le prix de l'entière propriété de l'immeuble; ce sont les créanciers énumérés dans l'article 2101.

Tel était déjà l'ancien Droit, qui plaçait ces créanciers..., *avant tous les autres* (comp. Pothier, *Traité de la Procéd. civ.*, Part. IV, chap. II, art. 12, § 2; Basnage, *Traité des hypoth.*, t. II, p. 62).

Tel est encore le droit nouveau (art. 2104-2105);

Donc, le privilége du vendeur n'empêche pas que l'aliénation de la propriété soit totale, et que l'acquéreur devienne plein propriétaire; et c'est bien là aussi ce qui résulte de l'article 6, second alinéa, de la loi du 23 mars

1855, d'après lequel le vendeur est déchu de son privilége, par l'effet de la transcription, s'il ne l'a pas inscrit dans les quarante-cinq jours de la vente!

Voilà aussi notre conclusion sur cet amendement (*supra*, nº 45; comp. Cass., 2 déc. 1863, Blanqui, Dev. 1864, I, 57 ; Duverger, *loc. supra cit.*, p. 41 et suiv.).

454. — Que les héritiers du vendeur ne puissent pas, plus que le vendeur lui-même, opposer le défaut de transcription, cela est d'évidence!

Il résulte, en effet, de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, que le défaut de transcription ne peut être opposé que par *les tiers*, et sous cette double condition, à savoir :

1º *Qu'ils aient des droits sur l'immeuble*, c'est-à-dire des droits relatifs à l'immeuble lui-même, considéré déterminément;

2º *Qu'ils aient conservé ces droits*, *en se conformant aux lois ;* ce qui implique, de leur part, l'obligation de remplir la formalité de la transcription pour les conserver;

Or, les héritiers du vendeur, simples ayants cause de leur auteur, ne se trouvent dans aucune de ces conditions.

Et, comme cela est vrai des héritiers bénéficiaires aussi bien que des héritiers purs et simples, les uns, aussi bien que les autres, sont également non-recevables à opposer le défaut de transcription (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nº 306 ; Troplong, *De la Transcription*, nºs 145 et 158; Mourlon, *eod.*, nºs 421, 435 et 436; Flandin, *eod.*, t. II, nº 843).

455. — Mais pourtant supposez que le *de cujus*, après avoir vendu un immeuble à un étranger, qui n'a pas requis la transcription de son titre, l'ait vendu une seconde fois, à l'un de ses héritiers présomptifs, qui a requis la transcription du sien ; et que, ensuite, ce second acheteur, devenu héritier du vendeur, accepte sa succession sous bénéfice d'inventaire.

Pourra-t-il opposer au premier acheteur, le défaut de transcription?

Non! répondent certains auteurs (Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Transcription,* p. 462 et 465; Flandin, n°s 842-843).

Oui, répondrons-nous, au contraire; car il ne s'agit pas ici de savoir si un immeuble aliéné par le défunt, fait ou ne fait pas encore partie de sa succession; question, sur laquelle, en effet, il n'y a pas à distinguer entre l'héritier pur et simple et l'héritier bénéficiaire.

Tout autre est notre hypothèse!

C'est l'héritier bénéficiaire, qui est le second acheteur, et qui a transcrit, c'est-à-dire qu'il est alors lui-même un tiers, ayant sur l'immeuble un droit qu'il a conservé, en se conformant aux lois;

Or, l'effet du bénéfice d'inventaire est précisément que l'héritier conserve ses propres droits contre la succession, comme s'il était lui-même un tiers. (Comp. notre *Traité des Successions,* t. III, n° 181; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 279.)

456. — Les créanciers chirographaires du vendeur, simples ayants cause aussi de leur débiteur, qui n'ont aucun droit sur l'immeuble, et par suite, rien à faire pour le conserver, ne sauraient évidemment non plus se prévaloir du défaut de transcription.

Ce fut même afin d'écarter, sur ce point, toute prétention de leur part, que ces mots : *qui ont des droits sur l'immeuble,* ont été ajoutés à l'article 3 de la loi de 1855, où ils ne se trouvaient pas d'abord dans la rédaction primitive (comp. *infra* n° 472; rapport de M. de Belleyme, Dev., *Lois annotées,* 1855, p. 28, n° 8; Mourlon, t. II, p. 484; Flandin, t. II, p. 848; Bressolles, *Exposé des règles du droit civil résultant de la loi du* 23 *mars* 1855, p. 47; Colmet de Santerre, t. V, p. 56 *bis,* V).

457. — Il faut en dire autant, plus généralement, de tous les ayants cause, même à titre particulier, de l'aliénateur, qui ne seraient pas eux-mêmes soumis, pour la con-

servation de leurs droits, à la formalité de la transcription (art. 3, *supra*, nº 454).

C'est ainsi que le défaut de transcription de l'acte de vente d'un immeuble ne saurait être opposé :

Ni par le preneur, auquel le vendeur l'aurait loué, depuis la vente, par un bail, *qui n'aurait pas une durée de dix-huit années* (art. 2) ;

Ni par le légataire particulier, en faveur duquel le vendeur, en aurait disposé depuis la vente (comp., art. I; notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nº 310; Dalloz, *Rec. alph.* vº *Transcription* nº 488; Bressolles, *loc. supra*, nº 49 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 280).

458. — Mais voici en présence plusieurs acquéreurs du même aliénateur, qui n'ont fait, ni les uns ni les autres, transcrire leur titre!

J'ai vendu mon immeuble d'abord à Primus, qui n'a pas transcrit; et ensuite à Secundus, qui n'a pas transcrit non plus.

Il est clair qu'ils ne pourront pas réciproquement s'opposer le défaut de transcription.

Secundus, en effet, l'opposerait-il à Primus?

Mais Primus l'opposerait lui-même à Secundus!

En cet état donc, c'est la date même des aliénations qui détermine la préférence entre les deux acquéreurs (comp. Larombiere, t. I, art. 1138, nº 45).

459. — Une observation du même genre serait applicable à plusieurs ayants cause du même acquéreur, dans le cas où celui-ci n'aurait pas fait transcrire son titre.

Ils ne peuvent pas non plus réciproquement s'opposer le défaut de transcription du titre de leur auteur commun.

Ne sont-ils pas, en effet, sous ce rapport, réciproquement, les uns et les autres, en face de leur auteur commun, dans une condition nécessairement égale! comp. Aubry et Rau, t. II, p. 282).

460. — Il est d'ailleurs certaines personnes, que la formalité de la transcription ne concerne pas, et à l'égard desquelles l'acquéreur doit, en conséquence, être, activement et passivement, considéré comme propriétaire par le seul effet de l'aliénation elle-même.

Activement, d'abord, disons-nous; c'est ainsi que l'acquéreur peut, indépendamment de toute transcription, revendiquer l'immeuble contre les tiers possesseurs, étrangers au vendeur, bui n'en ont pas encore acquis la propriété par prescription; et non-seulement contre l'usurpateur sans titre, mais aussi contre le possesseur, qui aurait acquis l'immeuble *a non domino*, et qui aurait faire transcrire son propre titre; car il ne s'agit pas ici d'une question de préférence, qui puisse être décidée par la priorité de la transcription entre les ayants cause, médiats ou immédiats, d'un auteur commun; il s'agit d'une question relative au droit même du défendeur et à la validité de son titre; or, nous supposons que le défendeur n'a aucun titre sur l'immeuble, ou que son titre, s'il en a un, est entaché d'un vice, que la transcription ne peut pas purger (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 287; Colmet de Santerre, t. V, n° 56, *bis*, V; Duverger, *de l'Effet de la transcription*, etc., n° 20).

461. — Et de même, *passivement*, il est évident que les tiers qui ont des droits sur l'immeuble, de servitude ou autres, peuvent les exercer contre l'acquéreur, dès avant la transcription de son titre; car, il n'est pas besoin d'apprendre la vente à l'acheteur lui-même par la transcription, pas plus qu'au vendeur! (comp. *supra*, n° 450; Poitiers, 18 janvier 1810, Sirey, 1810, II, 374; Grenier, *des Hypothèques*, t. II, n° 346).

462. — C'est une question controversée que celle de savoir si celui, qui, par juste titre et de bonne foi, a acquis un immeuble *a non domino*, peut invoquer, contre le véritable propriétaire, la prescription de dix ou vingt ans, quoiqu'il n'ait pas fait transcrire son titre?

L'affirmative est enseignée par des jurisconsultes d'une autorité considérable, qui présentent surtout ce double argument :

1° La loi du 23 mars 1855 ne soumet, disent-ils, à la transcription que les actes, qui doivent et peuvent, par eux-mêmes, transférer la propriété; or, la propriété de celui qui a acquis un immeuble par la prescription de dix ou vingt ans, en vertu de l'article 2265, repose bien moins sur la vente, qui lui a été consentie, que sur cette prescription même, puisque le titre n'est exigé que pour colorer sa possession.

2° Ils ajoutent que des articles 3 et 6 de la loi de 1855, il résulte que la transcription doit produire immédiatement et par elle-même, l'effet que la loi y attache ; tandis que, dans l'hypothèse actuelle, elle serait, en soi, destituée de toute efficacité, et n'emprunterait sa force qu'à l'accomplissement de l'usucapion, dont elle serait simplement une condition. (Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 288; comp. Agen, 24 nov. 1842, Lavieille, Dev., 1843, II, 177; Rivière et François, n° 39; Lesenne, n° 49; Rivière et Huguet, n°s 238 et suiv. ; Mourlon, t. II, n° 512.)

La doctrine contraire nous paraîtrait toutefois plus juridique :

1° Nous avons déjà remarqué que les termes de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, sont plus généraux que les termes de l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII ; tandis que, en effet, la loi ancienne n'autorisait à opposer le défaut de transcription que ceux qui avaient contracté avec le vendeur, la loi nouvelle y autorise, au contraire, tout tiers quelconque, qui a des droits sur l'immeuble (*supra*, n° 450) ;

Or, le propriétaire même de l'immeuble est certes au premier rang de ceux qui ont des droits sur cet immeuble ;

Donc, il est fondé à opposer le défaut de transcription du titre que cet acquéreur *a non domino* lui oppose.

2° On objecte que ce n'est pas sur ce titre que repose la propriété, que l'acquéreur prétend avoir acquise, et qu'elle repose, avant tout, sur sa possession de dix ou vingt ans!

Mais sa possession elle-même ne peut être efficace qu'autant qu'elle repose *sur un juste titre* (art. 2265);

Or, est-ce que le *juste titre*, en matière d'usucapion, n'est pas celui-là seulement, qui peut être opposé comme translatif de propriété aux tiers, qui ont des droits sur l'immeuble?

Nous le pensons tout à fait ainsi (comp. Lyon, 17 févr. 1835, Dev., 1835, II, 18; Troplong, n°s 177 et suiv.; Sellier, n° 303; D. *Rec. alph.*, v° *Transcription*, n°s 508 et suiv.; Flandin, t. II, n°s 905 et suiv.; Colmet de Santerre, t. II, n° 56 *bis*, VI).

463. — A plus forte raison, la prescription de dix ou vingt ans ne pourrait-elle pas être invoquée, entre deux ayants cause d'un auteur commun, par celui des acquéreurs qui n'aurait pas fait transcrire son titre, contre celui qui aurait fait transcrire le sien (comp. Bordeaux, 26 févr. 1851, Desmond, Dev., 1851, II, 244; Troplong, *loc. supra cit.*; Rivière et François, n° 54; Flandin, t. II, n° 909; *voy.* pourtant Humbert, n° 41).

464. — Il est bien entendu que, pour être recevables à opposer le défaut de transcription, il faut que *les tiers* aient eux-mêmes, d'après l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, conservé leurs droits par la transcription de leur propre titre.

Cette transcription de leur propre titre est, d'ailleurs, tout ce qu'il y a à faire, lorsque le conflit s'élève entre plusieurs ayants cause d'un auteur commun.

Si, après avoir vendu mon immeuble à Primus, qui n'a pas fait transcrire son titre, je vends ensuite le même immeuble à Secundus, évidemment Secundus, pour avoir la préférence contre Primus, n'a qu'à faire transcrire son acte d'acquisition.

465. — En est-il de même, dans le cas de plusieurs aliénations successives, lorsque le conflit s'élève entre personnes qui tiennent leurs droits d'auteurs différents?

J'ai vendu un immeuble à Primus, qui n'a pas fait transcrire son titre;

Primus a revendu cet immeuble à Secundus, qui a fait transcrire seulement son propre titre, sans faire transcrire celui de Primus, son auteur.

C'est après cette sous-aliénation et la transcription qui en a été faite, que moi, vendeur originaire, je vends de nouveau, à Tertius, l'immeuble que j'ai déjà vendu à Primus, et qui a été par lui revendu à Secundus.

Tertius fait transcrire son titre.

Et alors la collision s'engage entre Secundus, sous-acquéreur de Primus, dont la transcription est antérieure en date, et Tertius, acquéreur du vendeur originaire, dont la transcription est postérieure.

A laquelle des deux ventes la priorité doit-elle appartenir?

Ou, en d'autres termes, a-t-il suffi à Secundus, sous-acquéreur, de faire transcrire son propre titre, pour avoir la priorité sur les ayants cause du vendeur originaire, quoique le titre de Primus, son auteur à lui-même, n'ait pas été transcrit?

Un parti considérable, parmi les jurisconsultes, répond affirmativement (comp. Rivière et François, n° 52; Rivière et Huguet, n° 212; Lemarcis, p. 35, n° 12; Flandin, t. II, n°s 887 et 892; D. *Rec. alph.*, v° *Transcription*, n°s 493, 494; Verdier, *Revue prat. de droit franç.*, t. XX, p. 54 et suiv.; et t. XXII, p. 252 et suiv.).

Mais nous ne saurions admettre cette doctrine:

1° Nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même; et, notamment, celui qui n'est pas propriétaire, ne peut pas transmettre la propriété;

Or, le premier acquéreur, Primus, puisqu'il n'avait pas fait transcrire son titre, n'avait pas une propriété

opposable à Tertius, ayant cause du vendeur originaire;

Donc, il n'a pas pu transmettre à Secundus, le sous-acquéreur, son ayant cause, une propriété opposable, en effet, à Tertius; c'est l'application de la maxime *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet!*

2° On objecte que Secundus, au contraire, n'est pas un ayant cause de Primus et qu'il est un *tiers!*

Certainement non! Secundus n'est pas un *tiers*, dans le sens de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, et d'après le but essentiel que cette loi se propose.

Le *tiers*, d'après l'article 3, est celui qui tient directement ses droits du vendeur originaire; et nous avons constaté, en effet, que c'est contre les fraudes du vendeur, que la formalité de la transcription a pour but de prononcer ses ayants cause, qui, depuis la vente, obtiendraient, de lui ou de son chef, des droits sur l'immeuble;

Or, Secundus, sous-acquéreur, n'a pas lui-même acquis directement l'immeuble du vendeur originaire; il ne l'a acquis que de Primus, premier acquéreur;

Donc, il n'est pas, relativement aux ayants cause du vendeur originaire, un *tiers*, dans le sens de l'article 3.

Qu'est-il donc, seulement vis-à-vis d'eux?

Il n'est que l'ayant cause de Primus; et manifestement, en effet, vis-à-vis des ayants cause du vendeur originaire, le titre du sous-acquéreur représente, plus ni moins, le titre du premier acquéreur, et ne saurait avoir d'autre efficacité que celle qu'il lui emprunte;

Or, le titre du premier acquéreur n'ayant pas été transcrit, n'est pas opposable aux ayants cause du vendeur originaire;

Donc, le titre du sous-acquéreur ne saurait non plus leur être opposable.

3° Mais, pourtant, ce titre du sous-acquéreur a été transcrit; et, d'après l'article 3 de la loi de 1855, c'est

la priorité de la transcription, qui détermine la préférence entre plusieurs acquéreurs !

C'est toujours la même confusion.

La priorité de la transcription détermine la préférence !

Oui, répondrai-je, entre ceux qui sont les ayants cause du même aliénateur ;

Mais non pas, entre ceux qui sont les ayants cause d'aliénateurs différents !

Et, quand on objecte, en sens contraire, les termes de l'article 3, on oublie que cet article n'est que la sanction de l'article 1, qui pose la règle fondamentale du régime de la transcription ; et cette règle, c'est que les titres translatifs de propriété doivent être transcrits, pour que les acquéreurs aient une propriété, qui soit opposable aux ayants cause de l'aliénateur ;

Or, le titre de Primus n'a pas été transcrit ;

Donc, la propriété, qu'il a acquise, n'est pas opposable aux ayants cause du vendeur originaire ; et le sous-acquéreur, qui a acheté de lui l'immeuble, est, en regard des ayants cause du vendeur, à considérer comme s'il l'avait acquis *a non domino*.

Et, la transcription ne fait rien à ceci ; elle n'est qu'une mesure de publicité, qui ne crée pas le droit de propriété au profit de l'acquéreur, auquel son titre lui-même ne l'a pas transmis (comp. *supra*, n° 460).

4° Comment ! il suffirait à l'acquéreur de revendre l'immeuble, pour s'affranchir, à l'égard des ayants cause du vendeur, de la nécessité de la transcription ! et, parce que le sous-acquéreur aurait transcrit son propre titre, les ayants cause du vendeur originaire seraient privés de cette garantie de la transcription qui devait les protéger contre la mauvaise foi du vendeur originaire !

Cela nous paraît impossible.

D'autant plus que, d'après la manière dont les registres et les répertoires des conservateurs des hypothèques sont tenus, la seule transcription du titre du sous-acquéreur

ne procure pas aux ayants cause du vendeur originaire le moyen de connaître l'aliénation, qui a été consentie par leur auteur.

Voilà pourquoi nous concluons que le sous-acquéreur ne doit pas, en ce qui le concerne, se borner à faire transcrire seulement son propre titre, mais qu'il doit faire aussi transcrire le titre du premier acquéreur, son auteur, dont il n'est que l'ayant cause; ou plus exactement, qu'il doit faire transcrire tous les actes qui, étant soumis à la formalité de la transcription, n'ont pas encore été transcrits (comp. *supra*, n° 451; Cass., 7 mars 1865, D., 1866, I, 121; Humbert, n° 40; Fons, n° 43; Lesenne, n°s 63-65; Ducruet, n°s 14 et 24; Mourlon, t. II, n°s 447-450 et 593-601; Larombière, t. I, art. 1138, n° 47; Paul Gide, *Rev. crit. de jurispr.*, avril 1865).

466. — C'est par ces motifs aussi, qu'il ne suffit même pas, suivant nous, malgré le dissentiment de M. Troplong (n° 167), que la transcription du titre du sous-acquéreur mentionne les noms et les actes d'acquisition des précédents propriétaires.

Il faut, si ces actes n'ont pas été transcrits, en faire faire la transcription intégrale, c'est-à-dire celle que la loi exige indistinctement pour tous les actes soumis à cette formalité, et qui peut seule, d'après le mode de tenue des registres et des répertoires, mettre les ayants cause des précédents propriétaires en mesure de connaître les aliénations consenties par leurs auteurs; on sait, en effet, que les répertoires n'indiquent que les noms des parties, qui ont figuré dans l'acte transcrit, sans indiquer les noms de ceux qui pourraient être désignés, dans ces actes, comme précédents propriétaires de l'immeuble aliéné (comp. Bressolles, n° 64; D. *Rec. alph.*, v° *Transcription*, n 495; Flandin, t. II, n°s 888-891; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 285-287; Paul Gide, *loc. supra cit.*).

B. — *De l'obligation de donner un meuble.*

SOMMAIRE.

467. — Exposition. — La tradition est-elle requise, pour que la translation de la propriété des meubles s'opère, à l'égard des tiers? — Espèce prévue par l'article 1141.
468. — Suite.
469. — Suite.
470. — Suite.
471. — Suite.
472. — Suite.
473. — Suite.
474. — Deux conditions sont requises pour que l'article 1141 soit applicable : 1° Il faut que le second acquéreur soit de bonne foi. — Ce que c'est que la bonne foi, en cette matière.
475. — A quel moment faut-il que la bonne foi existe chez le second acquéreur ?
476. — 2° Il faut que le second acquéreur ait été mis en possession réelle.
477. — Suite.
478. — Suite.
479. — Suite.
480. — Suite.
481. — Suite.
482. — Suite.
483. — Suite.
484. — *Quid*, si un meuble ayant été vendu successivement à deux acheteurs, sans avoir été livré ni à l'un ni à l'autre, ce meuble vient à périr par cas fortuit? — Le vendeur peut-il réclamer le prix ? — Et contre lequel des deux acheteurs ?
485. — L'article 1141 n'est pas seulement applicable au cas de deux ventes successives du même meuble. — Explication. — Exemple.
486. — L'article 1141 ne s'applique pas aux meubles incorporels.
487. — Ni même à une universalité de meubles.

467. — Nous avons à examiner, relativement aux meubles, la même thèse, que nous venons d'examiner, relativement aux immeubles, à savoir :

Si la propriété en est transmise, à l'égard des tiers, de même que entre les parties, par le seul effet de la vente ? ou s'il est nécessaire de remplir, en outre, à l'égard des tiers, une formalité ou une condition quelconque ?

Que la transcription ne soit point requise ou plutôt qu'elle soit impraticable, ce n'est pas la peine de le dire!

Mais on peut mettre en question si la tradition est requise, pour que la propriété des meubles (corporels) soit transmise, à l'égard des tiers?

Cette question s'est élevée, en effet, sur l'article 1141, dont voici les termes :

« Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à « deux personnes successivement, est purement mobi« lière, celle des deux, qui en a été mise en possession « réelle, est préférée et en demeure propriétaire, encore « que son titre soit postérieur en date, pourvu, toutefois, « que sa possession soit de bonne foi. »

La rédaction de ce texte n'est peut-être pas irréprochable.

Il ne s'agit pas, en effet, du cas, où l'on s'est obligé de donner une chose *à deux personnes successivement.*

Le cas prévu est celui où l'on *s'est obligé successivement* à donner une chose à deux personnes; c'est ce qu'exprimait, plus exactement, la première rédaction du projet:

« *Néanmoins, si la chose aliénée à deux personnes* « *successivement, est purement mobilière....* » (Fenet, t. II, p. 165.)

Au reste, malgré cette incorrection, l'hypothèse, que l'article prévoit, est très-claire :

J'ai vendu d'abord à Paul un meuble corporel, comme corps certain; et je ne lui en ai pas fait la tradition ;

J'ai vendu eusuite le même meuble à Pierre, à qui j'en ai fait la tradition réelle.

Que décide notre texte?

Que Pierre, second acheteur, sera préféré, s'il est de bonne foi.

Voilà, ni plus ni moins, en quoi consiste la solution législative de l'article 1141.

468. — En faut-il conclure que la tradition soit né-

cessaire, pour que la translation de la propriété des meubles s'opère, à l'égard des tiers?

Telle est, en effet, la conclusion, que plusieurs jurisconsultes en ont tirée :

1° Entre deux ventes successives, décider que la préférence appartient, non pas à l'acquéreur, dont le titre est antérieur en date, mais à l'acquéreur, qui a reçu la tradition de la chose, lors-même que son titre est postérieur, c'est certainement décider que le premier acquéreur n'était pas devenu propriétaire par le seul effet de la vente, à l'égard du second acquéreur; n'est-il pas clair, en effet, que la tradition joue, dans ce cas, pour les meubles, le même rôle que la transcription pour les immeubles!

2° Si l'on objecte à cette doctrine que, pourtant, le second acquéreur n'est préféré que s'il est de bonne foi, elle répond que cette condition n'implique pas que le premier acquéreur soit devenu propriétaire, et que l'article 1141 fait seulement, en ceci, une application de l'action révocatoire, qui a été établie par l'article 1167 relativement aux actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers. De ce que le second acquéreur, malgré sa possession réelle, n'est pas préféré au premier, lorsqu'il est de mauvaise foi, il ne faut donc pas induire qu'il ne soit pas devenu propriétaire; ce qui en résulte seulement, c'est qu'*il ne demeure* pas propriétaire, suivant les termes mêmes du texte; c'est-à-dire que la propriété, qu'il avait acquise, lui est enlevée, par l'effet de l'action révocatoire, qui procède bien contre lui, puisqu'il était complice de la fraude commise par le vendeur au préjudice du premier acquéreur. Les partisans de cette doctrine ajoutent que cette explication est, en effet, celle que Pothier lui-même a fournie de la préférence, que le premier acquéreur obtient sur le second, lorsque celui-ci a été, dit-il, *participant de la fraude*, *conscius fraudis* (n° 153; comp. Toullier, t. VII, n°s 35, 36; Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 487,

488; Troplong, *de la Vente*, n° 42; Renaud, *Revue de Législat.*, 1845, t. II, p. 81; Hureaux, *Revue de Droit, franç. et étr.*, 1846, p. 772 et suiv.; Huc, *Rec. de l'Académie de Légist. de Toulouse*, t. XII, p. 286).

469. — Nous croyons pouvoir démontrer, au contraire, que la propriété des meubles est transférée par le seul effet du contrat, sans aucune condition de tradition, non-seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers :

1° D'abord, que la propriété des meubles soit transférée entre les parties, par le seul effet du contrat, cela est évident; les articles 711 et 1138, qui posent le principe de la translation immédiate de la propriété *inter partes*, sont, en effet, applicables aux meubles comme aux immeubles (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, *Dispositions générales*, n° 2).

Cette prémisse une fois posée il faut, pour que la propriété des meubles ne soit pas aussi, à l'égard des tiers, transférée par le seul effet du contrat, qu'un texte exige en outre la tradition ;

Or, aucun texte n'exige cette condition;

Donc, les article 711 et 1138 demeurent applicables, à l'égard des tiers, aussi bien qu'entre les parties, relativement aux meubles.

2° Aucun texte, disons-nous, n'exige la tradition comme condition de la translation de la propriété des meubles, à l'égard des tiers, par l'effet des obligations conventionnelles.

Objectera-t-on l'article 1583, qui porte que « la vente est parfaite *entre les parties*, et que la propriété est acquise, de droit, à l'acheteur, à *l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, *quoique la chose n'ait pas encore été livrée*, ni le prix payé, » pour en induire que la propriété n'est acquise, à *l'égard des tiers*, qu'autant *que la chose a été livrée?*

La réponse est déjà faite! nous savons, en effet, que l'ar-

ticle 1583 n'est, dans notre Code, qu'un article d'ajournement, dont le seul but a été de conclure une trêve entre les partisans du régime de la transcription comme condition de la translation de la propriété des immeubles et les adversaires de ce régime; mais il n'en résulte nullement que la tradition soit nécessaire pour la translation, à l'égard des tiers, de la propriété des *meubles*; si telle en était la conséquence, il faudrait dire que la tradition est également nécessaire, à l'égard des tiers, pour la translation de la propriété des *immeubles;* car l'article 1583 est général; et il s'applique aux immeubles comme aux meubles; or, c'est là une proposition, certes, que nul ne voudrait aujourd'hui soutenir (*supra*, n° 441)!

Aussi n'est-ce pas l'article 1583, qu'invoquent les défenseurs de la doctrine, que nous combattons.

C'est seulement sur l'article 1141 qu'ils se fondent.

3° Eh bien! cet article ne saurait non plus justifier leur doctrine; car non-seulement il n'implique pas que la tradition soit requise; mais bien plus encore! il implique nécessairement qu'elle ne l'est pas; de sorte que l'argument, qu'ils y ont cherché contre nous, se retourne directement contre eux!

L'article 1141, disons-nous, n'implique nullement que la tradition soit nécessaire pour la translation conventionnelle de la propriété des meubles, à l'égard des tiers; et une explication tout autre, très-naturelle et très-logique, s'en trouve dans la règle consacrée par l'article 2279: *En fait de meubles, possession vaut titre,* dont l'article 1141 n'est lui-même qu'une application!

De cette règle, en effet, la conséquence est que celui, qui acquiert, *a non domino,* de bonne foi et par juste titre, un meuble dont la tradition lui est faite, en devient instantanément propriétaire; c'est ainsi que celui qui achète du dépositaire ou de l'emprunteur, le meuble déposé ou prêté, croyant que ce meuble leur appartient, en devient propriétaire, par l'effet de sa possession fondée sur

son juste titre et sur sa bonne foi ; et pourtant, ni le dépositaire, ni l'emprunteur n'avaient la propriété de ce meuble !

Or telle est exactement la position de celui qui avait déjà vendu son meuble à un premier acquéreur, sans le lui avoir livré, et qui le vend ensuite à un second acquéreur, auquel il le livre;

Donc, la préférence qu'obtient, en ce cas, le second acquéreur sur le premier, ne prouve nullement que celui-ci ne soit pas devenu propriétaire par le seul effet de la vente et indépendamment de la tradition ; ce qui en résulte seulement, c'est que le second acquéreur, avec son titre et sa bonne foi, peut invoquer la maxime : *en fait de meubles, possession vaut titre ;* qu'il peut l'invoquer contre le premier acquéreur, quoique celui-ci fût devenu propriétaire ; comme il l'invoquerait contre le déposant ou le prêteur, qui n'avaient pas cessé de l'être !

4° Bien plus encore ! l'article 1141, loin de supposer que le premier acquéreur n'était pas propriétaire, dès avant la tradition, suppose évidemment le contraire !

Cet article, en effet, n'accorde la préférence au second acquéreur, qui a été mis en possession réelle, qu'autant *que sa possession est de bonne foi ;*

Or, il est incontestable que cette circonstance serait indifférente, si le premier acquéreur n'était pas devenu propriétaire ; le second acquéreur mis en possession réelle du meuble, n'en devrait pas moins acquérir la propriété, quoiqu'il fût de mauvaise foi, c'est-à-dire quoiqu'il connût l'existence de la première aliénation; cela est, disons-nous, incontestable ; telle était, en effet, la règle du droit romain et de notre ancien droit français, où la tradition était nécessaire pour la translation de la propriété (l. XV, Cod. *de Rei vindicat. ;* Pothier, p. 153) ; et telle est encore, relativement aux immeubles, la règle de notre droit nouveau, qui, entre deux acquéreurs du même auteur, accorde la préférence à celui qui a fait

transcrire son titre le premier, lors même qu'il serait postérieur en date, sans distinguer s'il est de bonne foi ou s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a connu ou s'il a ignoré la première vente! (Comp., art. 1071; notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 313, et t. V, n° 529; Rivière et François, *de la Transcription*, n°s 48, 49; Troplong, *eod.*, n° 190; Flandin, t. II, n°s 871-882; Mourlon, t. II, n°s 451, 452.)

Donc, l'article 1141, en subordonnant la préférence qu'il accorde au second acquéreur du meuble, à la condition que sa possession sera de bonne foi, consacre ainsi lui-même virtuellement la règle que la propriété a été transmise au premier acquéreur, par l'effet de la vente, indépendamment de la tradition!

Quant à l'argument, qui consiste à présenter l'article 1141 comme une application de l'article 1167, en tant qu'il refuse la préférence au second acquéreur, lorsqu'il est de mauvaise foi, la démonstration, qui précède, suffirait déjà pour le réfuter.

Mais cette réfutation, d'ailleurs, n'est pas la seule que nous ayons à lui opposer; car il est manifeste qu'en ne voulant voir, dans l'article 1141, qu'un cas d'application de l'action Paulienne, on méconnaît les conditions essentielles auxquelles cette action est subordonnée.

Deux conditions y sont, en effet, requises; à savoir: d'une part, la fraude de l'aliénateur, *consilium fraudis*, et le préjudice causé par lui à ses créanciers, *eventus damni*, c'est-à-dire son insolvabilité résultant de l'acte frauduleux.

Or, au contraire, l'application de l'article 1141 n'est subordonnée ni à l'une ni à l'autre de ces conditions:

D'une part, l'article 1141 est applicable, sans qu'il y ait à rechercher si l'aliénateur, est de bonne foi ou de mauvaise foi, s'il a eu ou s'il n'a pas eu le *consilium fraudis;* comme si, par exemple, un héritier, ignorant la vente, que son auteur a faite d'un meuble à un acqué-

reur, auquel il ne l'a pas livré, vend lui-même ce meuble à un second acquéreur, auquel il le livre.

D'autre part, l'article 1141 est aussi applicable, sans qu'il y ait à rechercher si l'aliénateur est ou n'est pas devenu insolvable; et puisque la doctrine contraire a invoqué un passage de Pothier (n° 153), on peut voir que l'excellent auteur, en effet, n'admettait le premier acquéreur du meuble à agir contre le second acquéreur, qui était *conscius fraudis,* que dans le cas où *leur débiteur* commun, le vendeur, *était insolvable* (ajout. *de la Vente,* n° 321). Mais cette condition, au contraire, n'est pas exigée par notre article 1141; et le second acquéreur ne serait certainement pas préféré au premier, si sa possession n'était pas de bonne foi, lors même que l'aliénateur serait solvable et qu'il pourrait payer au premier acheteur, des dommages-intérêts pécuniaires; ce ne sont pas seulement des dommages-intérêts, que le premier acquéreur pourrait réclamer; il pourrait réclamer, *revendiquer*, le meuble qui lui a été vendu!

Donc, il n'est pas seulement un *créancier*, n'ayant que le *jus ad rem*; donc, il est devenu *propriétaire,* ayant le *jus in re*, par le seul effet de la vente, et sans tradition, même à l'égard du second acquéreur.

Cette conclusion nous paraît irrésistible! (comp. Bordeaux, 3 avril 1829, Fayolle, D., 1829, II, 218; Bourges, 25 janv. 1841, Baubois, Dev., 1841, II, 624; Cass., 24 juin 1845, Catros, Dev., 1846, I, 551; Douai, 5 févr. 1848, Humbert, Dev., 1848, II, 742; Dijon, 27 juin 1864, Sauthier, Dev., 1864, II, 183; Marcadé, t. IV, art. 114, n° 1; Delvincourt, t. II, p, 645; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 48; Rivière, *Revue de législ.*, 1851, t. III, p. 311 et suiv.; Duverger, *de l'Effet de la transcription*, etc., n° 28, p. 24; Colmet de Santerre, t. V, n° 57 *bis*, III; Larombière, t. I, art. 1141, n° 18).

470. — Les conséquences de la doctrine, que nous venons de poser, sont très-importantes :

1° C'est ainsi d'abord, comme nous venons de le dire, que le premier acquéreur d'un meuble pourra le revendiquer contre un second acquéreur, auquel il aurait été livré, si la possession de celui-ci n'est pas de bonne foi (art. 1141, 2279).

471. — 2° Il pourra même le revendiquer, du moins pendant trois ans, contre tout possesseur de bonne foi, si c'est par perte ou par vol que le meuble est sorti des mains du vendeur; la règle posée par l'article 2279 : *En fait de meubles possession vaut titre*, reçoit, en effet, cette exception, quant aux choses perdues ou volées.

« *Cependant*, disait Bourjon, *l'effet mobilier furtif peut être revendiqué même des mains de l'acquéreur de bonne foi...* » (T. I, p. 145, n° 2.)

Or, l'article 1141 n'est qu'une application de cette règle.

472. — 3° Pareillement, il pourra le revendiquer aussi contre les créanciers chirographaires du vendeur, qui l'auraient fait saisir.

Quoique cette conséquence de notre règle ait été vivement contestée, il nous paraît impossible de ne pas l'admettre, dès que la règle elle-même est admise.

Mais il y a plus !

C'est que, à supposer même que la tradition fût nécessaire pour la translation conventionnelle de la propriété des meubles, à l'égard des tiers, du moins est-il certain qu'elle n'est pas nécessaire entre les parties, et que la propriété est transmise, de droit, *à l'acheteur à l'égard du vendeur*, par le seul effet de la vente ;

Or, les créanciers chirographaires ne sont que les ayants cause de leur débiteur, n'ayant, sur son patrimoine, qu'un droit de gage, général et vague, qui plane, en quelque sorte, sur tous les biens, sans en affecter spécialement aucun ; c'est-à-dire qu'ils n'ont pas un *jus in re*, mais simplement un *jus ad rem*, ou, en d'autres termes, le même droit, ni plus, ni moins, que leur débiteur (*supra*, n° 456) ;

Donc, ils ne sauraient saisir un bien, dont leur débiteur a cessé d'être propriétaire; et de même que nous avons vu qu'ils ne peuvent pas opposer le *défaut de transcription* pour les immeubles (*supra*, n° 456), ils ne devraient pas pouvoir opposer non plus le *défaut de tradition* pour les meubles.

Mais Pothier enseignait la doctrine contraire! (*De la Vente*, n° 321.)

Sans doute! et Pothier avait raison, sous un régime qui exigeait la tradition comme une condition de la translation de la propriété (comp. *supra*, n° 435).

Mais précisément, la tradition n'est plus aujourd'hui exigée!

Objectera-t-on le danger des fraudes auxquelles cette solution pourrait donner lieu, et qu'un débiteur aurait ainsi le moyen de diminuer et de détruire même peut-être le gage de ses créanciers, en vendant, un à un, ses meubles, sans en faire la tradition; de sorte que ses créanciers, ne voyant aucun changement extérieur dans sa position, n'auraient point la pensée de recourir à des mesures conservatoires, et n'apprendraient son insolvabilité que lorsqu'elle serait irrémédiable!

Nous répondons que cette objection, en admettant même qu'elle eût toute la gravité qu'on lui prête, ne pourrait faire obstacle à la conséquence, que nous avons déduite de notre règle, parce que cette conséquence est logiquement irrésistible! Il faut ajouter d'ailleurs que la gravité de l'objection est fort exagérée. Il existe, en effet, une sérieuse garantie, en faveur des créanciers chirographaires, dans cette règle, qui exige que la vente des meubles, pour leur être opposable, ait une date certaine antérieure à leur saisie (art. 1328); et dans cette autre règle, encore plus générale, d'après laquelle la fraude fait partout exception, et qui autorise les magistrats à la découvrir et à la déjouer aussi partout! (Comp. les citations *supra*, n° 467.)

473. — 4° Du principe admis par notre ancien droit, que la tradition était nécessaire pour la translation de la propriété des meubles, Pothier déduisait cette conséquence que « si mon débiteur a légué la chose, qu'il « s'était obligé de me donner, et qu'il meure, il en « aura, par sa mort, transféré la propriété au légataire, « suivant la règle de droit, qui porte que *dominium rei « legatæ, statim a morte testatoris, transit a testatore in « legatarium;* car, en étant, suivant nos principes, de- « meuré propriétaire, il a pu lui en transférer la pro- « priété; ce sera donc au légataire qu'elle devra être « délivrée; et je n'aurais, en ce cas, qu'une action en « dommages-intérêts contre les héritiers de mon débi- « teur. L. 32, ff. *Locati* » (n° 152).

Nous déduirons de notre principe nouveau et tout contraire, une conséquence nouvelle aussi et toute contraire; et nous dirons que le testateur, ayant perdu, par la vente, la propriété du meuble par lui aliéné, n'a pas pu la transférer au légataire; d'où il suit que le legs lui-même, c'est-à-dire que le titre du légataire est nul, comme ayant pour objet la chose d'autrui! (Art. 1021; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 678.)

474. — Deux conditions sont requises par l'article 1141, conformément à l'article 2279, pour que le second acquéreur soit préféré; la loi exige :

1° Qu'il soit de bonne foi;

2° Qu'il ait été mis en possession réelle.

1° La bonne foi de l'acquéreur consiste à ignorer que le meuble, qui lui est vendu et livré, a été vendu déjà à un autre, et qu'il n'appartient plus au vendeur.

« *Bonæ fidei emptor esse videtur*, dit Modestin, *qui ignoravit eam rem esse alienam...* » (L. 109, ff. *de Verbor. signif.;* art. 549; comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — de la Propriété*, t. I, n° 596.)

D'ailleurs « la bonne foi est toujours présumée, et c'est

« à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver. » (art. 2268; ajout. art. 1116).

475. — A quel moment faut-il que la bonne foi existe chez le second acquéreur?

Je vous achète un meuble, que vous avez déjà vendu à Paul; et, au moment du contrat, j'ignore la première vente.

Mais je l'apprends, avant que vous m'ayez livré le meuble.

Puis-je néanmoins vous contraindre à me le livrer?

Et si vous me l'avez livré, le premier acquéreur pourra-t-il le revendiquer contre moi?

En d'autres termes, suffit-il que ma bonne foi existe, au moment de l'acquisition?

Ou faut-il qu'elle existe encore, au moment de la tradition?

M. Larombière enseigne, en invoquant l'article 2269, qu'il suffit que la bonne foi ait existé, au moment de l'acquisition :

« Peu importerait, dit-il, que le stipulant, mis en pos-« session de la chose, eût connu plus tard les vices de son « contrat, soit avant, soit après sa mise en possession. » (T. I, art. 1141, nos 6 et 16.)

Après? nous en convenons; et il nous paraît évident que la propriété, une fois acquise au second acheteur, par l'accomplissement de la double condition que l'article 1141 exige, ne saurait lui être enlevée après coup, par la connaissance qui lui surviendrait de la première vente.

Mais *avant?* nous ne le croyons pas :

1° En effet, ce que le texte même de l'article 1141 exige, c'est que *la possession soit de bonne foi!... la possession* et non pas seulement *le titre!* or, ma possession n'a pas été de bonne foi, puisque, au moment où la livraison du meuble m'a été faite, je savais qu'il avait été vendu déjà à un autre, et qu'il n'appartenait plus à mon vendeur!

2° Le texte, ainsi entendu, exprime d'ailleurs très-exactement la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre,* dont il n'est qu'une application ; car, le titre immédiat et la vraie cause de cette acquisition instantanée des meubles, dans les termes de cette règle, c'est la *possession* elle-même ; et voilà ce qui écarte de notre sujet, l'application de l'article 2269, qui n'a trait qu'à la prescription des immeubles pour la transmission desquels d'ailleurs le Code n'exige pas la tradition.

3° Ajoutons que cette doctrine paraît aussi conforme à la raison et à l'équité. Comment ! voilà un emprunteur, qui a commis la faute de vendre comme sien à un acquéreur de bonne foi le meuble qu'il a emprunté à un ami ; et s'il se repent, avant de l'avoir livré, il ne pourrait pas refuser la livraison, en avouant à l'acquéreur sa faute et en lui offrant des dommages-intérêts ; et cet acquéreur, maintenant de mauvaise foi, serait fondé à exiger la livraison du meuble, qu'il sait appartenir à autrui !

De même, si c'est un vendeur qui a eu le tort de vendre une seconde fois le meuble qu'il avait déjà vendu une première fois, il faudra qu'il le livre au second acheteur !

C'est ce que nous ne pouvons pas admettre ; et même, suivant nous, si le meuble lui avait été livré dans de telles conditions, le propriétaire pourrait le revendiquer contre l'acquéreur.

476. — 2° La seconde condition, que l'article 1141 exige pour que l'acquéreur du meuble, dont le titre est postérieur en date, soit néanmoins préféré, c'est qu'il ait été mis en *possession réelle.*

Ces expressions sont notables ; et elles témoignent de la volonté du législateur de ne lui accorder la préférence qu'autant que le meuble est, en effet, entré *en sa possession,* c'est à dire en son pouvoir, *possidere, id est posse*, d'une manière certaine, indubitable, *réelle*

enfin suivant le mot de notre texte, c'est-à-dire *corporelle* !

Le principe étant ainsi posé, nous croyons qu'il sera facile de résoudre la question, que l'on a souvent élevée, de savoir si la tradition *feinte* (art. 1919), équivaut, pour l'application de l'article 1141, à la *tradition réelle?*

Notre réponse est :

Oui ! si la tradition *feinte* procure à l'acquéreur une *possession réelle ;*

Non, si elle ne la lui procure pas.

Ce que l'article 1141 exige, en effet, ce n'est pas seulement que la *tradition* du meuble ait été faite à l'acquéreur ; c'est que cet acquéreur en obtienne *la possession réelle.*

D'où il suit que toute tradition, quelle qu'elle soit, qui produit ce résultat, satisfait à la condition requise par l'article 1141, mais qu'elle n'y satisfait pas, si elle ne produit pas ce résultat (comp. art. 1606).

477. — Il ne saurait guère y avoir de difficulté, quand la tradition elle-même est réelle.

Et la tradition doit être considérée comme réelle, non-seulement lorsqu'on saisit la chose avec les mains, *naturaliter,* disait Paul, (L. 1, princ. ff. *de adquir. possess.*), mais encore lorsqu'on a préposé quelqu'un à sa garde (L. 51, *h. tit.*), ou qu'on l'a placée au milieu d'autres effets appartenant au possesseur, *in domo mea,* quoique celui-ci ne l'ait pas touchée matériellement (L. 18, § 2, *h. tit.*).

478. — C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, en fait, si la tradition offre ce caractère, en quelque sorte, visible de certitude, par lequel elle doit se révéler aux tiers, de manière à ne pas leur permettre d'alléguer leur bonne foi.

On a demandé, par exemple, s'il faut considérer comme une prise de possession suffisante, à l'égard des tiers, l'apposition, par l'acquéreur, d'une marque ou d'un sceau

sur le meuble aliéné, lorsque, d'ailleurs, il l'a laissé sur place et ne l'a pas enlevé.

Vous m'avez vendu des arbres, et je les ai frappés de mon marteau; — des moutons, et je les ai marqués de mon signe; — des pièces de vin, et j'en ai arraché quelques cercles.

Est-ce là une tradition réelle suffisante?

La solution dépend des circonstances et des caractères, plus ou moins extérieurs et probants, de la marque.

Est-elle apparente et indubitable, au point que les tiers n'aient pas pu ne pas la voir?

Elle pourra suffire (comp. Cass., 15 janv. 1828, D'Aligre, D., 1828, I, 90).

Mais elle ne pourrait pas suffire, au contraire, si elle était occulte ou équivoque.

Il est vrai que les jurisconsultes romains, qui d'ailleurs n'étaient pas, entre eux, tout à fait d'accord sur ce point, considèrent que la chose vendue est censée livrée, lorsque l'acheteur y a apposé son sceau.... *videri autem trabes traditas quas emptor signasset* (comp. L. 1, § 2, et L. 14, § 1, ff. *de pericul. et commod. rei vendit.*).

Mais remarquons que la même espèce de tradition, qui pourrait être considérée comme suffisante, entre les parties, sous une législation, d'après laquelle la tradition serait nécessaire, en effet, entre les parties elles-mêmes, pour la translation de la propriété, pourrait être, au contraire, considérée comme insuffisante, à l'égard des tiers, pour que cette translation de la propriété leur fût opposable; et ceci n'est pas du tout une inconséquence! car la convention des parties fait leur loi entre elles; mais elle ne peut être opposée aux tiers, à l'égard desquels elle est *res inter alios acta !* (comp. Duranton, t. XVI, n° 96; Troplong, *de la Vente*, n° 103; Larombière, t. I, art. 1141, n° 13).

479. — La même observation est applicable aux autres espèces de tradition, que les commentateurs ont ap-

pelées de ces noms divers, *feinte* ou *fictive, de longue main*, ou *de brève main* (*voy.* art. 1606, 1919).

Elles suffiront ou ne suffiront pas, suivant qu'elles seront ou ne seront pas de nature à remplir cette condition de *possession réelle*, que l'article 1141 exige.

La remise des clefs du bâtiment, qui contient le meuble, que vous avez vendu à Pierre, est-elle une tradition suffisante, dans les termes de cet article?

Assurément !

De même que la remise de la clef de l'armoire où ce meuble se trouverait.

Car Pierre a désormais la possession *réelle*, en ce sens qu'un second acheteur ne saurait s'y tromper, puisqu'il ne peut plus lui-même obtenir cette possession! (comp. l. 1, § 21, ff. *De adquir. vel. amitt. posses.;* art. 1606).

480. — Pareillement, la tradition peut avoir lieu, même par le seul consentement des parties, *lorsque l'acheteur a déjà le meuble en son pouvoir à un autre titre.* (art. 1606 et 1919).

Je vous vends le cheval, que je vous ai prêté.

Il est clair que je ne pourrais plus le vendre efficacement à un second acheteur.

Il n'y a pas eu de tradition RÉELLE !

C'est vrai ; mais la loi n'exige pas LA TRADITION *réelle ;* ce qu'elle exige, c'est la POSSESSION *réelle ;* la tradition n'est que le moyen ; le but, c'est *la possession ;* et vous possédez bien réellement le cheval que je vous ai vendu ; vous le possédez, en effet, désormais comme acheteur, à titre de propriétaire!

481. — Supposons, au contraire, ceci :

Je vous vends mon cheval; et je vous en fais seulement une tradition feinte ; c'est-à-dire qu'il est convenu que je vais désormais le posséder, pour vous et en votre nom, comme locataire ou comme emprunteur, ou comme dépositaire ;

parce que vous consentez à me le louer ou à me le prêter ou que vous le déposez chez moi (art. 1919).[1]

Est-ce là une tradition suffisante, à *l'égard des tiers?* (comp. Cass., 24 juin 1845, Castros, Dev., 1847, I, 551; *supra*, n° 478).

Et pourriez-vous revendiquer le cheval contre un second acheteur, à qui je l'aurais vendu et livré réellement?

Cette question était fort agitée dans notre ancien droit. Plusieurs auteurs tenaient pour l'affirmative. Pothier rappelle notamment, en ce sens, l'avis de Guy-Pape, qui conclut, dit-il, *qu'un premier acheteur, à qui on n'a fait qu'une tradition feinte de la chose qui lui a été vendue, peut la revendiquer au second acheteur, qui en aurait la possession réelle;* et telle est la doctrine que Pothier lui-même adopte, en ajoutant seulement cette condition qu'il faut que la première vente ait une date certaine. (*De la Vente*, n° 322.)

Mais la doctrine contraire tendait déjà, dès ce temps, à prévaloir; les dissidents se fondaient, avec beaucoup de raison, suivant nous, sur ce que cette tradition feinte n'est vraiment qu'une simple convention entre les parties, et qu'elle ne peut pas, en conséquence, être opposée aux tiers; Charondas cite, en ce sens, deux arrêts, l'un de 1498, l'autre de 1569; et Belordeau atteste que telle était la jurisprudence du Parlement de Bretagne. (Liv. I, chap. 18.)

C'était aussi la doctrine de Bourjon:

« La vente des meubles *faite sans déplacement*, disait-il, « est nulle à l'égard des créanciers du vendeur; de là il « s'ensuit que les créanciers de celui qui a fait une telle « vente, peuvent, nonobstant icelle, les faire saisir et « vendre sur leur débiteur, qui en est resté en posses- « sion.... » (T. I, p. 146, n° 11.)

A combien plus forte raison, cette doctrine doit-elle être aujourd'hui la nôtre, en présence des termes de l'arti-

cle 1141, qui n'accorde la préférence qu'à celle des deux personnes, *qui a été mise en possession réelle!* (comp. Duranton, t. XVI, n° 192; Troplong, *de la Vente*, n° 1062; Larombière, t. I, art. 1141, n° 9; *voy.* poutant Toullier, t. VII, n° 40).

482. — Voilà aussi pourquoi on ne saurait considérer comme une prise de possession réelle, dans les termes de l'article 1141, la remise de la facture, pas plus que la remise de la lettre de voiture, lorsque d'ailleurs les meubles ne sont pas sortis des mains du vendeur et n'ont pas été expédiés à l'acheteur.

La facture! elle n'est que la preuve du marché.

Et la lettre de voiture, qu'est-elle autre chose qu'un titre contre le voiturier?

Elles ne sont donc, ni l'une ni l'autre, une tradition qui produise la possession réelle au profit de l'acquéreur (comp. art. 576 Code de comm.; Cour de Cass. de Belgique, 4 juin 1833, Assurances marit. d'Anvers, D., 1834, II, 145).

483. — C'est d'ailleurs souvent encore, à un autre point de vue, une question de fait que celle de savoir dans quels cas *la possession réelle* du meuble aura été livrée; et la solution en est particulièrement subordonnée à la nature de la chose mobilière, qui a fait l'objet du contrat.

Il n'y a guère, il est vrai, de difficulté possible, lorsqu'il s'agit d'un meuble unique, considéré comme individu, de tel cheval, par exemple, ou de tel tableau.

Mais des doutes peuvent s'élever, lorsque le contrat comprend plusieurs choses mobilières?

La mise en possession réelle de l'une d'elles implique-t-elle nécessairement la mise en possession réelle des autres?

On ne saurait répondre d'une manière absolue; et des distinctions sont nécessaires.

Non sans doute, la possession de l'une n'implique pas

la possession de l'autre, lorsqu'elles sont séparées et distinctes; je vous ai vendu en même temps la récolte de mon champ A et la récolte de mon champ B, qui sont situés, celui-là dans la plaine de Caen, et celui-ci dans la plaine de Bayeux; il est clair que la prise de possession, que vous auriez faite de la récolte de Bayeux, ne saurait être d'aucun effet sur la récolte de Caen, et *vice versa.*

Il en serait de même d'arbres épars, qui auraient été vendus ensemble; l'abatage de l'un ou de quelques-uns ne suffirait pas pour constituer la prise de possession des autres.

Mais la prise de possession, que vous auriez faite d'une partie seulement de l'une de ces récoltes, en la coupant, devrait-elle être considérée comme s'appliquant même à l'autre partie de cette récolte, que vous n'auriez pas encore coupée?

Nous le croyons; car il y a là, en effet, une main-mise, une appréhension de la récolte elle-même tout entière, par ce commencement d'exécution; c'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que la mise en possession réelle d'un bois à exploiter résultait suffisamment de ce que l'acquéreur avait commencé l'exploitation et établi un garde-vente pour la coupe (21 juin 1820, Sirey, 1821, I, 109; Larombière, t. I, art. 1141, n° 12; *voyez* pourtant Toullier, t. VII, n° 41).

484. — J'ai vendu d'abord mon cheval à Primus, sans le lui livrer.

Je l'ai vendu ensuite à Secundus, sans le lui livrer non plus.

Et puis, en cet état, le cheval périt chez moi, par cas fortuit.

Pour qui la perte?

Puis-je domander le prix des deux ventes, l'un à Primus, l'autre à Secundus?

Ne puis-je demander aucun des deux prix, ni à l'un ni à l'autre?

Puis-je demander l'un des deux ? — et lequel ?

Que je n'aie pas le droit de demander l'un et l'autre prix, est-ce la peine de le dire !

On serait plutôt porté à croire que je n'ai le droit de demander ni l'un ni l'autre, et que chacun des deux acquéreurs, auquel j'ai vendu successivement mon cheval, pourrait m'opposer, comme argument, cette double vente que j'ai faite : Primus, celle que j'ai faite à Secundus ; Secundus, celle que j'ai faite à Primus !

La vraie solution pourtant est, à mon avis, que je pourrais demander à Primus le prix de la vente, que je lui ai faite.

Cette vente, en effet, était valable entre nous ; et elle est demeurée valable, après et nonobstant la seconde vente que j'ai faite à Secundus ; cette seconde vente est, pour Primus, *res inter alios acta;* je n'aurais pas pu en argumenter contre lui, s'il m'avait demandé la délivrance, avant la perte du cheval; et il est logique qu'il ne puisse pas en argumenter contre moi, quand je lui en demande le prix; car il n'y a aucune cause qui ait pu produire la résolution de notre contrat.

485. — Nous avons toujours supposé, jusqu'à présent, que le débat s'agite entre deux acquéreurs, auxquels *la propriété* du même meuble a été successivement transmise; et telle paraît être, en effet, l'hypothèse que l'article 1141 a seulement prévue.

Mais le principe sur lequel cet article est fondé, est général.

Supposez, par exemple que, après avoir vendu un meuble à Primus, sans le lui livrer, je remets ensuite ce meuble en gage à Secundus, à qui j'en livre la possession réelle; ce gage sera valablement constitué; et Primus ne pourra pas opposer au créancier gagiste la vente qui lui en a été faite (art. 2076). Telle est la conséquence de l'article 2279, dont l'article 1141 n'est qu'une application ; nous reviendrons d'ailleurs sur cette thèse, lors-

que nous expliquerons plus spécialement la maxime : en fait de meubles, possession vaut titre (comp. Duranton, t. XVIII, n° 533 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 169 ; Troplong, *de la Prescription*, n° 1060 ; et *du Nantissement*, nos 72 et suiv.; Larombière, t. I, art. 1141, n° 7).

486. — Qu'il nous suffise également de constater que l'article 2279, ni par conséquent l'article 1141, ne s'appliquent pas aux meubles incorporels, qui ne sont pas, en effet, susceptibles de *cette possession réelle,* que nos articles exigent (à l'exception, toutefois, des titres dits *au porteur*).

La transmission de ces sortes de meubles, *d'une créance, d'une action ou d'un droit sur un tiers,* est, en effet, gouvernée par des règles spéciales, soit entre le cédant et le cessionnaire, soit à l'égard des tiers.

Ainsi, tandis que, d'après l'article 1689, le transport s'opère, *entre le cédant et le cessionnaire,* par la remise du titre;

D'après l'article 1690, au contraire, le cessionnaire n'est saisi, *à l'égard des tiers,* que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique;

De sorte que, en cas de concours de deux cessionnaires successifs de la même créance, celui-là doit être préféré, qui a fait le premier notifier le transport au débiteur cédé ou qui a obtenu son acceptation par acte authentique (comp. Cass., 28 août 1849, Mourreton, Dev., 1850, I, 193; Montpellier, 4 janv. 1853, Magne, Dev., 1853, II, 266; Dunod, p. 152 ; Troplong, *de la Prescription*, n° 1065 ; Larombière, t. I, art. 1141, n° 2).

487. — Ajoutons même que ni l'article 2279, ni par suite, l'article 1141 ne s'appliquent davantage à une universalité de meubles, qui serait, comme telle, l'objet du contrat; car cette universalité constitue une chose incorporelle, *nomen juris* (comp. notre *Traité de l'Absence*, nos 252, 253 ; Cass., 26 août 1833, Legros, D., 1833, I, 307;

Montpellier, 4 janv. 1853, Magne, D., 1854, II, 171; Troplong, *de la Vente*, t. II, n° 960; et *de la Prescription*, t. II, n° 1066).

SECTION III.

DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE.

SOMMAIRE.

488. — D'après l'article 1142, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. — Cette disposition est-elle générale et s'applique-t-elle, en effet, à toute obligation de faire ou de ne pas faire? — Explication.
489. — Suite.
490. — Suite. — L'obligation de faire ou de ne pas faire ne saurait être considérée comme alternative. — Explication. — Conséquence.
491. — Les tribunaux peuvent-ils condamner, principalement et directement, le débiteur à faire ou à ne pas faire?
492. — Des obligations de faire ou de ne pas faire, auxquelles l'article 1142 est spécialement applicable. — Exemples.
493. — Suite.
494. — La condamnation aux dommages-intérêts, qui peut être prononcée en vertu de l'article 1142, contre le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire, ne doit jamais avoir le caractère d'un moyen de contrainte, dont le but serait de vaincre indirectement la résistance du débiteur.
495. — Suite. — *a*. — Du retard dans l'exécution de l'obligation.
496. — Suite.
497. — *b*. — De l'inexécution de l'obligation.
498. — Des obligations de faire ou de ne pas faire, auxquelles les articles 1143 et 1144 sont applicables.
499. — Suite.
500. — Suite.
501. — Suite.
502. — Suite.
503. — Est-ce seulement une faculté, pour les juges, d'autoriser le créancier soit à détruire ce que le débiteur a fait, en contravention à son obligation de ne pas faire, soit à faire exécuter par un autre, en cas de refus du débiteur, et aux frais de celui-ci, l'obligation de faire? — Ou, au contraire, les juges sont-ils tenus de faire droit aux conclusions du créancier, lorsqu'il réclame l'application soit de l'article 1143, soit de l'article 1144?
504. — Suite.
505. — Suite.
506. — Suite.
507. — Quel est le caractère distinctif des obligations de faire et des obligations de donner?

488. — L'article 1142 est ainsi conçu :

« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout « en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part « du débiteur. »

Des termes de ce texte, il semblerait résulter que la disposition, qu'il consacre, est générale, et qu'elle s'applique, en effet, *à toute obligation de faire ou de ne pas faire.*

Mais, pourtant, le principe fondamental de notre matière, c'est que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134; *supra,* n° 387); et, par conséquent, c'est le droit du créancier de demander, contre le débiteur, l'exécution effective de l'obligation même qu'il a contractée.

Il est vrai que, à Rome, toutes les sentences du juge aboutissaient à une condamnation pécuniaire, *ad pecuniariam œstimationem* (Gaius, Comm. IV, § 48).

Mais, jamais, nous n'avons admis, en France, ces formes de procéder toutes romaines; il faut tenir, au contraire, chez nous, pour règle, que le créancier est fondé à obtenir l'exécution même de l'obligation, toutes les fois qu'il est possible de la lui procurer.

Or, il est possible de procurer cette exécution au créancier, malgré le refus du débiteur, dans certaines obligations de faire ou de ne pas faire, et même dans le plus grand nombre, peut-être, de ces obligations.

Il serait donc tout à la fois illogique et injuste que le créancier n'eût, en de tels cas, que le droit d'obtenir des dommages-intérêts pécuniaires contre le débiteur!

Aussi, ne faut-il pas prendre à la lettre les termes un

peu trop généraux, en effet, de l'article 1142; et nous allons voir qu'ils sont notablement restreints par les articles 1143 et 1144, desquels il résulte, au contraire, que, dans beaucoup d'obligations de faire ou de ne pas faire, le créancier peut obtenir l'exécution effective ; ces articles (1143 à 1144) ne doivent pas être séparés de l'article 1142, auquel ils se lient intimement; de sorte que, pour connaître la théorie de la loi tout entière, il est nécessaire de réunir ensemble ces trois textes.

M. Larombière enseigne toutefois que les articles 1143 et 1144 ne sont eux-mêmes que des conséquences du principe posé dans l'article 1142; et que, dans les cas prévus par ces deux articles, c'est toujours en dommages-intérêts que se résout l'obligation de faire ou de ne pas faire.

« L'autorisation accordée au créancier de faire ou de « défaire, aux frais du débiteur, dit le savant auteur, n'a « d'autre résultat que de remplacer une indemnité éva- « luée *a priori*, à titre de dommages-intérêts, par une « autre indemnité plus exacte, et déterminée *a posteriori*, « à titre de remboursement de salaires ou de dépenses. » (T. I, art. 1142, n° 3.)

Nous ne voudrions pas soulever une querelle de mots ; mais pourtant, il nous paraît impossible de considérer comme obtenant simplement des dommages-intérêts le créancier qui obtient l'exécution réelle, et, *en nature*, de l'obligation elle-même, telle qu'elle a été contractée! Les dommages-interêts, qui ne sont autre chose que l'équivalent de l'exécution de l'obligation, impliquent que l'obligation n'a pas été exécutée (art. 1146 et suiv.); et dès que l'obligation elle-même a été exécutée effectivement, il ne saurait être question d'équivalent ni de dommages-intérêts! (comp. *infra*, n° 499).

Il faut donc, suivant nous, reconnaître que les termes de l'article 1142 sont trop généraux; et l'explication d'ailleurs en est simple; il ne paraît pas douteux que la pensée du

législateur, qui les rédigeait, s'est portée particulièrement sur celles, des obligations de faire ou de ne pas faire, dont l'exécution ne pourrait être obtenue que par un moyen de contrainte personnelle contre le débiteur; voilà l'objet de sa disposition dans l'article 1142, qui consacre la maxime : *nemo præcise cogi potest ad factum.*

489. — Ne pourrait-on pas dire, néanmoins, que l'article 1142 est général, en ce sens que, pour toutes les obligations de faire ou de ne pas faire, même pour celles-là dont l'exécution forcée peut être obtenue contre le débiteur, sans l'emploi de la contrainte personnelle, le créancier a toujours la faculté de s'en tenir, en cas d'inexécution, à des dommages-intérêts, et de conclure seulement à une condamnation pécuniaire?

Cette explication a été présentée (comp. Demante, t. V, n° 60).

Mais la vérité est, (et le savant auteur lui-même que nous venons de citer, en convient), qu'elle n'est pas absolument satisfaisante.

Que le créancier puisse toujours, en cas de refus d'exécution de la part du débiteur, s'en tenir à des dommages-intérêts, cela est d'évidence! mais ce n'est pas là une règle spéciale aux obligations de faire ou de ne pas faire, et qui puisse établir une différence caractéristique entre ces obligations et les obligations de donner.

Nous en disons autant de cette autre faculté, qui permet au créancier de demander, en vertu de l'article 1184, la résolution du contrat contre le débiteur qui ne satisfait pas à ses engagements.

« L'article 1142, dit M. Larombière, ne déroge ni ne « préjudicie aux dispositions de l'article 1184 » (*loc. supra cit.*, n° 4).

Certainement non! mais cette remarque ne prouve pas non plus que l'article 1142 doive être entendu, indistinctement, de *toute* obligation de faire ou de ne pas faire.

On pourrait plutôt prétendre qu'il y en a une preuve

dans l'article 1144, tel qu'il a été appliqué par la jurisprudence, qui décide qu'il appartient aux magistrats de n'allouer au créancier que des dommages-intérêts pécuniaires, même dans le cas où l'obligation de faire étant de nature à pouvoir être exécutée par un autre que par le débiteur, le créancier conclut à ce mode d'exécution (comp. *infra*, n° 502).

Et nous convenons, en effet, qu'à ce point de vue, la disposition de l'article 1142 aurait un certain caractère de généralité.

490. — Quoi qu'il en soit de ces observations, ce qui est certain, c'est qu'il ne résulte pas de l'article 1142 que l'obligation de faire ou de ne pas faire doive être considérée comme une obligation alternative, dont le double objet serait soit *le fait* ou *l'abstention* promis, soit *des dommages-intérêts*.

Régulièrement, l'objet de l'obligation, son unique objet, c'est le fait que le débiteur a promis d'accomplir ou dont il a promis de s'abstenir.

Et c'est seulement à défaut d'exécution, que l'obligation se résout en dommages-intérêts; *se résout*, c'est-à-dire qu'elle se transforme, *ex post facto*, et que, par suite de l'impossibilité où se trouve le créancier d'obtenir l'exécution réelle, il obtient l'équivalent au moyen des dommages-intérêts.

Mais ce que le créancier peut seulement demander, c'est l'exécution même de l'obligation; et il ne pourrait pas, *de plano*, conclure à une condamnation pécuniaire en dommages-intérêts.

Pareillement, ce que le débiteur peut seulement offrir, c'est l'exécution même; et il ne ferait pas des offres, comme on dit, *satisfactoires*, en offrant au créancier une somme quelconque pour obtenir, à prix d'argent, la libération de son obligation.

Ce que nous reconnaissons toutefois, avec Duranton, c'est que, en cas de poursuites de la part du créancier, le

débiteur pourrait en arrêter le cours, en offrant de payer l'indemnité, qui pourrait-être due; de sorte que les frais faits par le créancier, depuis cette offre, devraient rester à sa charge comme frais frustratoires; c'est-à-dire que le débiteur ne peut pas prévenir la demande en justice, mais qu'il peut en arrêter le cours (t. X, n° 439; comp. Larombière, t. I, art. 1142 n° 2; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 363; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 709).

491. — M. Larombière a déduit aussi de l'article 1142 cette conséquence que:

« Les tribunaux ne peuvent pas condamner principa-
« lement et directement le débiteur à faire ou à ne pas
« faire; qu'ils n'ont que le droit de le condamner à des
« dommages-intérêts, à défaut d'exécution. » (T. I, art.
« 1142, n. 3.)

Cette déduction, ainsi formulée, serait suivant nous, trop absolue; et elle nous paraît méconnaître le vrai caractère de l'obligation de faire ou de ne pas faire, tel que nous venons de le définir.

Les tribunaux peuvent certainement condamner le débiteur à exécuter l'obligation qu'il a contractée, et à procurer, en conséquence, au créancier ce qui est l'objet même de cette obligation; or, le débiteur a contracté une obligation de faire ou de ne pas faire; et nous venons de constater que l'objet principal ou plutôt l'unique objet de son obligation est alors soit l'accomplissement, soit l'abstention de ce fait; donc, c'est à l'accomplissement et à l'abstention de ce fait que les tribunaux peuvent le condamner d'abord principalement, en prononçant une condamnation, mais seulement subsidiaire, à des dommages-intérêts, dans lesquels l'obligation devra se résoudre, en cas d'inexécution.

Il est vrai que la Cour de cassation, par un arrêt du 26 juillet 1812, a cassé un jugement, qui condamnait une partie à la prestation d'un pur fait.

Mais ce fut précisément par le motif que ce jugement ne prononçait pas, en même temps, une condamnation pécuniaire, pour le cas d'inexécution (Dev. et Car., *collect. nouv.*, 4, I, 152.).

Bien plus! il résulte d'un autre arrêt plus récent de la Cour suprême, qu'il n'y a pas violation de l'article 1142, dans une décision judiciaire, qui condamne une partie à exécuter une obligation de faire, (dans l'espèce, c'était de fermer un établissement industriel), en ajoutant seulement que, au cas d'inexécution, *il sera fait droit.*

« Attendu, dit la Cour, que l'arrêt, en ordonnant la fer-
« meture de l'établissement formé en contravention à
« l'obligation légalement consentie le 31 mai, ne donne
« à cette condamnation d'autre sanction que l'avertis-
« sement qu'il sera fait droit sur les conclusions nouvelles,
« auxquelles le maintien de cet établissement pourra ul-
« térieurement donner lieu.... » (22 févr. 1862, Caumont Dev., 1862, I, 242).

D'où résulte cette conclusion très-juridique, suivant nous, que les tribunaux peuvent, en effet, condamner principalement le débiteur à l'accomplissement de l'obligation par lui contractée, de faire ou de ne pas faire, sauf à prononcer, soit actuellement, soit ultérieurement, la condamnation aux dommages-intérêts, en cas d'inexécution.

492. — L'article 1142, avons-nous dit, a surtout en vue celles des obligations de faire ou de ne pas faire, dont l'exécution effective ne pourrait être obtenue qu'au moyen d'une contrainte exercée directement sur la personne même du débiteur.

Un peintre a promis de faire un tableau; — un acteur promis de jouer sur une scène ou de chanter dans un concert; — un architecte a promis de faire un plan.

Ou bien, un acteur a promis de ne pas jouer sur une scène ou de ne pas chanter dans un concert; — un propriétaire a promis de ne pas abattre ses arbres.

Voilà des obligations, soit de faire, soit de ne pas faire, dont on peut dire que l'exécution en est essentiellement subordonnée à la volonté personnelle du débiteur, en ce sens que, si le débiteur refuse d'accomplir le fait qu'il a promis d'accomplir, ou s'il accomplit le fait dont il a promis de s'abstenir, il n'existe aucun moyen d'en obtenir directement, contre lui, l'exécution réelle.

S'agit-il de l'obligation de ne pas faire, *de ne pas abattre mes arbres*, par exemple ?

Quel serait le moyen de m'empêcher de les abattre? — ou si je les ai abattus, le moyen de me ramener à l'exécution de mon obligation ?

Et, s'il s'agit d'une obligation de faire, de l'obligation, par exemple, contractée par un artiste de chanter sur une scène ou dans un concert, où serait le moyen de contraindre la personne elle-même du débiteur à l'exécution! (comp. Paris, 3 mars 1855, Rachel, Dev., 1855, 2, 410).

Pareillement, supposons que le cessionnaire d'un office ministériel refuse d'exécuter le traité et de solliciter son investiture; comment le cédant pourrait-il l'y contraindre personnellement ? (Comp. Cass., 26 mai 1851, Mazeirat, Dev., 1851, I, 417).

Voilà les cas d'application de la maxime : *Nemo præcise cogi potest ad factum*, que notre article 1142 consacre.

493. — Et dans ces cas, en effet, le législateur n'admet pas que le débiteur puisse être contraint à l'exécution même de son obligation :

Ni directement, par des moyens physiques de contrainte personnelle, qui ne répugneraient pas seulement à nos mœurs, en violant la liberté individuelle et la dignité humaine, mais qui seraient absolument impuissantes à atteindre leur but;

Ni indirectement, par des condamnations pécuniaires, dont le chiffre dépasserait les dommages-intérêts, qui

pourraient être dus au créancier, en cas d'inexécution, et auxquelles le débiteur ne pourrait se soustraire qu'en exécutant l'obligation.

Cette déduction résulte doublement des termes mêmes de l'article 1142 :

Décider, en effet, que, en cas d'inexécution, l'obligation *se résout*, c'est bien reconnaître qu'elle se transforme, et qu'elle n'a plus désormais pour objet que les dommages-intérêts;

Et, décider qu'elle a désormais pour objet *les dommages-intérêts*, c'est bien reconnaître que le débiteur ne peut être condamné que dans les termes de l'article 1149, à indemniser seulement le créancier de la perte qu'il a faite ou du gain dont il a été privé, par suite de l'inexécution de l'obligation.

494. — De ce que nous venons de dire il résulte que la condamnation aux dommages-intérêts ne peut être prononcée, en vertu de l'article 1142, contre le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire, qu'à titre de réparation du préjudice causé au créancier, et qu'elle ne doit pas avoir le caractère d'un moyen de contrainte, dont le but serait de vaincre indirectement la résistance du débiteur.

Ce principe est général; et il faut, suivant nous, l'appliquer dans tous les cas, soit qu'il s'agisse seulement du retard dans l'exécution de l'obligation, soit qu'il s'agisse de l'inexécution même.

495. — *a*. Supposons, d'abord, que le débiteur, sans refuser, d'une manière absolue et définitive, d'exécuter l'obligation, se trouve seulement en retard de l'exécuter.

Qu'il puisse être condamné à des dommages-intérêts, à raison de ce retard, cela est évident (art. 1147).

Mais de quelle manière peut-il y être condamné?

Est-ce seulement à raison de son retard pour le passé, *in præteritum?* ou encore à raison de son retard pour l'avenir, *in futurum?*

Pour le passé? pas de doute; il s'agit alors, en effet, d'un dommage déjà éprouvé par le créancier; le droit lui est acquis définitivement d'en obtenir la réparation; et la condamnation pourra en être aussi prononcée définitivement à son profit.

496. — Mais pour l'avenir?

Cela peut paraître plus difficile; car le créancier, n'ayant pas encore éprouvé le dommage, semblerait n'avoir pas encore droit non plus à la réparation.

Assurément! il n'y a pas un droit actuel et présent; mais il y a du moins un droit futur et éventuel, pour le cas où le débiteur n'exécuterait pas l'obligation dans le délai, qui peut lui être imparti par le juge.

Et de là, en effet, le pouvoir, pour le juge, en ordonnant l'exécution de sa décision, dans un délai déterminé, de prononcer, contre la partie condamnée, qui apporterait du retard à cette exécution, des dommages-intérêts, déterminés à l'avance, par chaque jour de retard (comp. Pothier, n° 146).

La jurisprudence est, à cet égard, constante; et les exemples de ces condamnations abondent dans la pratique (Cass., 26 juill. 1854, Dessoye, Dev., 1855, I, 33; Cass., 25 mars 1857, Perrault, Dev., 1857, I, 267; Cass., 16 fév. 1859, Prieur; et 6 juin 1859, Gourdoux, Dev., 1859, I, 592 et 657)

Nous croyons que cette jurisprudence est conforme aux principes; mais à une condition, toutefois, qui n'y est pas toujours observée, et qu'il importe, suivant nous, pourtant de maintenir, à savoir : que les dommages-intérêts, ainsi prononcés à l'avance, pour le retard, que le débiteur apporterait, *in futurum*, à l'exécution de son obligation, ne devront jamais avoir le caractère d'un moyen de contrainte, dans le but de vaincre sa résistance, mais qu'ils ne devront constituer que la réparation, évaluée d'avance, du dommage que chaque jour de retard pourra effectivement causer au créancier.

D'où la conséquence qu'ils ne doivent pas être prononces d'une manière purement comminatoire, et qu'il n'appartient plus aux magistrats, même après que l'exécution a eu lieu, de revenir sur cette condamnation, pour apprécier, de nouveau, l'étendue des dommages-intérêts, qui pourraient être dus au créancier, à raison du retard, qui a eu lieu avant l'exécution.

Voilà un jugement, qui condamne Paul, le débiteur, à exécuter son obligation, sous peine de payer à Pierre, le créancier, une somme de 100 fr. par chaque jour de retard.

Le retard de Paul a duré, depuis le jugement, pendant un mois ; d'où résulte qu'il doit à Pierre une somme de 3000 fr. à titre de dommages-intérêts, en vertu du jugement.

Après l'expiration de ce mois, il exécute l'obligation.

Les juges peuvent-ils apprécier, de nouveau, sur la demande du débiteur, les dommages-intérêts, dont il peut être tenu à raison de son retard? Peuvent-ils diminuer le chiffre de leur première condamnation ou même la rapporter tout à fait, en décidant que le créancier n'a droit qu'à des dommages-intérêts moindres, ou même qu'il n'a droit à aucuns dommages-intérêts?

L'affirmative paraît prévaloir dans la jurisprudence ; et nous trouvons même cette doctrine nettement formulée dans l'arrêt suivant de la Cour de Montpellier :

« Attendu que la fixation des dommages à tant par « jour de retard, *n'est pas une exacte appréciation du pré-* « *judice souffert, mais bien plutôt un moyen de* CONTRAINTE « DESTINÉ A TRIOMPHER DE RÉSISTANCES OBSTINÉES ET INJUSTES; « — Que, du moment où la résistance a cessé, il appar- « tient aux tribunaux d'examiner dans quelle limite elle « a été légitime et dans quelle mesure *la décision sanc-* « *tionnée par une pénalité* a reçu son exécution; — Qu'il « n'y a là qu'une question d'interprétation, qui peut être « soumise au juge de qui émane la décision, dont

« s'agit.... » (1er avril 1862, chemin de fer du Midi, Dev., « 1862, II, 335).

Telle est aussi la doctrine des arrêts de la Cour de cassation (28 décembre 1824, Sirey, 1825, I, 165; 22 nov. 1841, Vimont, Dev., 1842, I, 170; Cass., 24 janvier 1865, Delair, Dev., 1865, I, 84).

Le tribunal civil de Lisieux en a fait, par jugement du 8 mai 1867 (affaire *Cordier*), une application intéressante dans une espèce, où la décision, qui prononçait les dommages-intérêts, était passée en force de chose jugée.

Il a même été produit, dans cette affaire, une consultation de notre honorable confrère, Me Crémieux, qui tend à établir, en principe, qu'il appartient aux magistrats de prononcer la condamnation à des dommages-intérêts par chaque jour de retard, de deux manières : soit d'une manière FERME et définitive, soit seulement d'une manière provisoire et comminatoire; de sorte que la question de savoir quel est le vrai caractère de cette condamnation est une question d'interprétation, dont la solution appartiendrait toujours aux magistrats qui l'ont prononcée.

Eh bien! notre avis est que cette doctrine n'est pas juridique.

Qu'elle puisse offrir certains avantages pratiques, nous ne le nierons pas.

Mais il ne nous en paraît pas moins certain qu'elle s'écarte des textes mêmes de notre Code et des vrais principes.

D'après l'article 1147, le retard dans l'exécution de l'obligation, de même que l'inexécution, ne peut donner lieu contre le débiteur, qu'à une condamnation à des dommages-intérêts.

Or, d'après l'article 1149, les dommages-intérêts ne peuvent être que la réparation du préjudice qui a été causé au créancier, soit de la perte qu'il a faite, soit du gain dont il a été privé.

Nous ajoutons que les principes ne s'opposent pas moins que les textes, à ce que les magistrats prononcent, contre le débiteur, une condamnation pécuniaire, qui serait, non pas *une exacte appréciation du préjudice souffert, mais seulement un moyen de contrainte*.

Quelle serait alors, en effet, la mesure et la limite de cette condamnation ?

Il n'y en aurait plus ! et les magistrats pourraient prononcer des condamnations excessives, sans aucun rapport avec la valeur de l'objet de l'obligation ni avec le préjudice éprouvé par le créancier, et dont le chiffre même pourrait s'élever à mesure que le retard du débiteur se prolongerait davantage. Et pourquoi pas, en effet ? est-ce que ces condamnations ne seraient pas ainsi d'autant plus efficaces, comme moyen de contrainte, qu'elles pourraient entamer davantage la fortune du débiteur retardataire et le menacer de sa ruine !

Mais voilà précisément ce que le législateur n'admet pas ! et il résulte, suivant nous, des articles 1142, 1147 et 1149, que, dans aucun cas, le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne peut être contraint, indirectement, à l'exécution même, par une condamnation pécuniaire, qui n'aurait pas le caractère d'une condamnation à *des dommages-intérêts*.

Notre conclusion est donc que si, en effet, comme nous le croyons, les magistrats peuvent prononcer d'avance une condamnation, contre le débiteur, par chaque jour de retard, ce n'est pas à titre comminatoire; que cette condamnation, au contraire, doit être considérée comme définitive ; et que le débiteur ne pourrait en être relevé que dans le cas prévu par l'article 1148, c'est-à-dire si son retard provenait d'un cas fortuit ou de force majeure.

497. — *b*. Ce que nous venons de dire *du retard dans l'exécution* est également, suivant nous, applicable à *l'inexécution* (*supra* n° 494).

D'où nous concluons :

1° Que lorsque le débiteur refuse, d'une manière absolue et définitive, d'exécuter son obligation, il ne peut être condamné qu'au payement d'une somme déterminée, une fois pour toutes, à titre de dommages-intérêts envers le créancier;

2° Que s'il avait été condamné précédemment au payement d'une certaine somme par chaque jour de retard, il pourrait, en déclarant qu'il refuse absolument et définitivement d'exécuter l'obligation, arrêter l'effet de cette condamnation, et obtenir qu'elle fût convertie en une condamnation au payement d'une somme déterminée, une fois pour toutes, à titre de dommages-intérêts.

Ces déductions, toutefois, ne sont pas unanimement admises; et nous devons reconnaître que plusieurs décisions judiciaires semblent même les contredire tout à fait.

Voici notamment les termes d'un arrêt de la Cour d'Angers du 14 décembre 1855 :

« Considérant que la dame Perrault demande que, *par* « *suite du refus* opposé par Perrault, son mari, *à l'exécu-* « *tion d'une obligation,* qui lui a été imposée par l'arrêt de « la Cour, *ledit Perrault soit condamné en des dommages-* « *intérêts à payer par chaque jour de retard;* — Qu'il ne « s'agit pas *de substituer à une obligation de faire des dom-* « *mages-intérêts, dans lesquels viendrait se résoudre cette* « *obligation*, mais, en maintenant dans son intégrité cette « dite obligation, *d'accorder des dommages-intérêts* COMME « MOYEN D'OBTENIR L'EXÉCUTION DE LA CONDAMNATION PRONON- « CÉE CONTRE PERRAULT ;

« .... Considérant que la dame Perrault a droit d'obte- « nir, *au refus de son mari d'exécuter l'arrêt* du 1er mars, « *des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard et* « *dans des proportions justes et raisonnables*, *qui permettent* « *d'espérer que la justice verra enfin céder la résistance* « *fâcheuse apportée à sa décision....* » (Dev., 1857, I, 267.)

Le pourvoi, qui avait été formé contre cet arrêt, a été rejeté par la Cour de cassation en ces termes :

« Attendu que toute obligation de faire se résout en « dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du « débiteur, et que le retard dans l'exécution soumet à une « condamnation de même nature ; — Attendu que, si la « loi, au cas d'inexécution ou de retard, n'autorise au- « cune voie de violence ou contrainte contre la personne, « qui porte atteinte à sa liberté par la nécessité de faire « et d'agir, elle a accordé au créancier le moyen d'être « préservé du préjudice résultant de l'inexécution ou du « retard dans l'exécution, en donnant au juge la faculté « d'apprécier en argent l'importance de ce préjudice ; — « Qu'on ne saurait prétendre, avec raison, *que la volonté « persistante du débiteur de ne pas satisfaire à ses obliga- « tions, puisse lui servir de protection contre l'application « des articles cités, puisque, dans ce cas, cette résistance « devient un tort plus grave, et qu'il importe de prononcer,* « POUR LA VAINCRE, *une condamnation en proportion avec les « intérêts engagés*, proportion qu'il appartient au juge du « fait d'apprécier souverainement ; — Qu'ainsi l'arrêt « attaqué, loin de violer l'article 1142, n'a fait que se « conformer aux principes de la matière dans la condam- « nation prononcée contre le demandeur, DONT IL EST « LIBRE D'ARRÊTER LES EFFETS, EN OBÉISSANT A SES PRESCRIP- « TIONS.... » (Dev., 1857, I, 267 ; comp. Cass., 4 avril 1865, Burel, Dev., 1865, I, 257).

Ainsi, d'après cette doctrine, les magistrats peuvent entreprendre *de vaincre la résistance du débiteur qui refuse d'exécuter son obligation*, en prononçant, contre lui, une condamnation A DES DOMMAGES-INTÉRÊTS PAR CHAQUE JOUR DE RETARD !

Eh bien ! voilà encore ce qui nous paraît contraire au texte même de l'article 1142 et aux principes.

Du texte de la loi et des principes il résulte que, dans le cas d'inexécution, l'obligation de faire ou de ne pas

faire *se résout* en dommages-intérêts ; c'est-à-dire que les magistrats ne peuvent condamner le débiteur qu'à une somme déterminée une fois pour toutes, afin d'indemniser le créancier du préjudice que lui cause l'inexécution de l'obligation. Oh! sans doute, appréciateurs souverains qu'ils sont, en fait, de l'importance du préjudice que cette inexécution cause au créancier, ils peuvent porter à un chiffre plus ou moins élevé la condamnation aux dommages-intérêts, en raison de ce refus injuste du débiteur; mais toujours faut-il qu'ils fixent à une somme déterminée cette condamnation, dont la cause et la mesure doivent être aussi toujours le préjudice que le créancier éprouve par suite de l'inexécution de l'obligation !

Mais prononcer contre un débiteur, qui refuse d'exécuter son obligation, une condamnation à des dommages-intérêts, par chaque jour de retard, non pas *pour indemniser le créancier*, mais *pour vaincre la résistance du débiteur*, cela nous paraît impossible !

Quel serait donc le terme d'une condamnation pareille? où placer la limite de ces dommages-intérêts, dont chaque jour viendrait grossir le chiffre, et dont la dette constituerait, par sa permanence indéfinie, une sorte de rente perpétuelle au profit du créancier !

On se récrie que *le débiteur est libre d'en arrêter les effets*, en obéissant aux prescriptions de l'arrêt, et en exécutant son obligation !

Nous répondons que la loi n'admet pas une telle doctrine !

Non! la loi n'admet pas que le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire puisse être condamné, ni directement ni indirectement, à exécuter l'obligation elle-même !

Que penserait-on d'un arrêt qui, au refus du débiteur d'exécuter une obligation de faire, équivalent, pour le créancier, à une somme de 10 000 fr., aurait condamné, à titre de contrainte comminatoire, ce débiteur à payer

une somme fixe de 50 000 fr. ou une somme de 20 000 fr. par chaque jour de retard?

Cela serait inouï sans doute! et nul n'aurait la pensée, pour justifier une telle décision, de dire que le débiteur est libre d'en arrêter les effets, en obéissant à ses prescriptions!

Eh bien! il en est, à notre avis, de même de toute condamnation qui, en cas pareil, a pour but, non pas de procurer au créancier les dommages-intérêts, que l'inexécution de l'obligation lui donne le droit d'obtenir, mais de contraindre indirectement, de quelque manière que ce soit, le débiteur à l'exécution même de l'obligation! (Comp. Cass., 26 juill. 1854, Desoye, Dev., 1855, I, 53.)

498. — Les développements, que nous venons de fournir, s'appliquent à celles des obligations de faire ou de ne pas faire, dont l'exécution effective ne peut pas être obtenue forcément contre le débiteur qui s'y refuse.

Mais il est certaines obligations de faire ou de ne pas faire, (et même un très-grand nombre), dont on peut, au contraire, obtenir l'exécution effective, malgré le refus du débiteur, sans recourir contre lui à des voies de contrainte personnelle (comp. *supra*, n°s 267-268).

Nous avons maintenant à nous en occuper, dans les articles 1143 et 1144, qui y sont consacrés.

Article 1143 : « Néanmoins, le créancier a le droit de « demander que ce qui aurait été fait par contravention « à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire auto- « riser à le détruire, aux dépens du débiteur, sans préju- « dice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. »

Article 1144 : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexé- « cution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obliga- « tion, aux dépens du débiteur. »

Ainsi, vous vous êtes obligé, envers moi, à ne pas exhausser votre maison ou à ne pas planter des arbres dans votre cour.

Et vous avez néanmoins exhaussé votre maison d'un étage ; ou vous avez planté des arbres.

Que je ne puisse pas vous contraindre à détruire, de vos propres mains, ni à faire détruire vous-même par d'autres, ce que vous avez fait en contravention à votre obligation, cela est d'évidence !

Mais où est l'obstacle à ce que je sois autorisé par la justice à le faire détruire, moi-même, à vos frais ?

Il n'y en a aucun ; et voilà précisément le droit que m'accorde l'article 1143, lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, à laquelle le débiteur a contrevenu, dans le cas où le résultat de sa contravention est susceptible d'être détruit, et où les choses peuvent être remises au même état qu'auparavant.

Objectera-t-on que, pourtant, si le débiteur résiste, et s'il refuse, par exemple, l'entrée de son fonds aux ouvrières, il faudra employer une voie de contrainte directe contre sa personne ?

Certainement oui ; il faudra bien que *force reste à la loi et à la justice !*

Mais c'est là un principe de droit commun, qui n'a rien de particulier aux obligations de faire ou de ne pas faire, un principe essentiel et d'ordre public, qu'aucune résistance individuelle ne saurait tenir en échec !

Le débiteur sera donc, en effet, contraint par la force publique de laisser détruire, sur son propre fonds, les ouvrages et les arbres, qu'il y a élevés en contravention à son obligation ! mais il y sera contraint, non pas comme débiteur et en cette qualité, mais comme y serait contrainte toute personne, qui apporterait une résistance illégale à l'exécution des ordres de la justice, comme un parent, par exemple, ou un ami, qui, épousant trop chaudement sa cause, voudrait lui-même s'opposer violemment à la destruction des ouvrages ou des plantations, que le créancier a été autorisé à détruire.

499. — La même doctrine est applicable aux obligations de faire.

Vous vous êtes obligé, envers moi, à construire un bâtiment sur mon propre fonds ou à planter dans votre cour, à vous, un certain nombre d'arbres.

Je ne pourrai pas, sans doute, en cas d'inexécution vous contraindre directement à construire ni à planter, ni même à faire construire ou planter par d'autres !

Mais ce que je pourrai très-bien, c'est d'obtenir l'autorisation de construire ou de planter, ou de faire construire ou planter à vos dépens.

Alors, en effet, je n'obtiendrai pas seulement des dommages-intérêts, à raison de votre inexécution ; et il ne serait pas exact de dire que l'obligation *se résout,* dans les termes de l'article 1142.

J'obtiendrai au contraire, effectivement, l'exécution réelle de l'obligation même que vous avez contractée envers moi ; je l'obtiendrai sans aucune *résolution,* comme si vous l'aviez exécutée personnellement vous-même !

Il est vrai que, dans le cas où il s'agit d'un travail à exécuter sur le fonds du créancier, on pourrait objecter que le débiteur, demeurant étranger à cette exécution, qui est faite par le créancier lui-même sur son propre fonds, ce n'est qu'à titre de dommages-intérêts pécuniaires que le créancier obtient alors, contre le débiteur, le remboursement de la somme, que ce travail lui a coûtée.

Mais, d'abord, cette objection n'empêche pas que, même dans ce cas, le créancier, finalement, n'obtienne l'exécution effective de l'obligation, que le débiteur avait contractée envers lui ; c'est-à-dire qu'il obtienne un résultat que ne procurent pas de simples dommages-intérêts, qui ne sont que l'équivalent de l'exécution de l'obligation.

Et puis, d'ailleurs, l'objection elle-même disparaît

dans le cas où il s'agit d'un ouvrage à exécuter sur le fonds du débiteur; auquel cas, il est manifeste que le créancier n'obtient pas seulement contre le débiteur une condamnation à des dommages-intérêts pécuniaires, puisqu'il est autorisé à s'introduire dans son propre fonds, soit pour y défaire ce qui a été fait, soit pour y faire ce qui doit y être fait; de telle sorte qu'il se trouve placé, de tous points, relativement au débiteur, au même état que si celui-ci avait lui-même exécuté l'obligation ! (Comp. *supra*, n° 488.)

500. — Il résulte du texte de nos deux articles (1143 et 1144), qu'il est nécessaire que le créancier soit préalablement autorisé par la justice, afin de pouvoir défaire ce que le débiteur a fait en contravention à son obligation, ou afin de pouvoir faire ce qu'il refuse de faire pour l'exécuter.

Tel est, en effet, toujours le mode régulier de procéder.

La nécessité en est même indispensable, toutes les fois qu'il s'agit de pénétrer dans le fonds du débiteur, ou, plus généralement, *de s'en prendre*, comme dit M. Larombière, *à sa chose* (t. I, art. 1143, n° 4). Nul ne peut, en effet, se faire justice à soi-même ; et cette maxime ne saurait fléchir, lors même qu'il y aurait urgence ou péril en la demeure, sauf à recourir, dans ces cas extrêmes, à des mesures judiciaires plus promptes et plus expéditives (art. 72, 806 et suiv., Code de Procéd.).

Mais la nécessité de l'autorisation préalable n'existe plus de la même manière, lorsqu'il s'agit seulement d'un travail *à défaire* ou *à faire* sur le fonds du créancier lui-même, ou, plus généralement, lorsqu'il s'agit de prendre, pour l'exécution de l'obligation, une mesure, qui n'exige aucune immixtion dans le patrimoine du débiteur. Le créancier peut alors, évidemment, exécuter lui-même l'obligation, au lieu et place du débiteur, sans autorisation préalable; il pourrait, par exemple, faire construire le bâtiment que le débiteur s'était obligé à faire construire ;

ou, encore, si un loueur de voitures s'était engagé à le conduire tel jour dans telle ville, moyennant tel prix, et manquait à son obligation, le créancier pourrait, même sans autorisation préalable, traiter avec un autre loueur, aux dépens de son débiteur.

Mais il sera toujours plus régulier et plus prudent, de la part du créancier, lorsqu'il le pourrra, de se faire autoriser préalablement par la justice, afin de pouvoir opposer ensuite au débiteur les mémoires et les quittances des personnes qu'il aura employées pour obtenir, à son défaut, l'exécution de l'obligation.

501. — Ce n'est pas que le débiteur n'ait, dans tous les cas, le droit de contrôler ces mémoires et d'en demander la réduction, s'il prouve que les dépenses, faites par le créancier, sont exagérées et n'ont pas été surveillées avec le soin convenable.

Dans tous les cas, disons-nous, soit que le créancier n'ait pas obtenu l'autorisation préalable, soit même qu'il l'ait obtenue; car il y aurait, en effet, dans tous les cas, de la part du créancier, une faute qui le rendrait lui-même, à son tour, responsable envers le débiteur du dommage qu'il lui aurait causé.

Mais il n'en est pas moins évident que le créancier est toujours dans une position meilleure, lorsqu'il a procédé régulièrement, en obtenant l'autorisation préalable de la justice (*supra*, n° 499).

502. — Il est bien entendu aussi que le créancier peut obtenir, en outre, des dommages-intérêts dans les deux cas prévus par les articles 1143 et 1144, lors même qu'il a défait ce que le débiteur avait fait, ou qu'il a fait, au refus du débiteur, ce que celui-ci n'a pas voulu faire, si, malgré cette exécution de l'obligation, il a éprouvé un dommage : « .... *sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu* », dit l'article 1143.

503. — C'est une question controversée, et qui peut paraître, en effet, délicate, que celle de savoir si c'est

seulement une faculté, pour les juges, d'autoriser le créancier, soit à détruire ce que le débiteur a fait en contravention à son obligation de ne pas faire, soit à faire exécuter par un autre, en cas de refus du débiteur, et aux frais de celui-ci, l'obligation de faire?

Ou si, au contraire, les juges sont tenus de faire droit aux conclusions du créancier, lorsqu'il réclame l'application soit de l'article 1143, soit de l'article 1144?

Trois opinions se sont produites :

a. — La première opinion enseigne qu'il appartient, dans tous les cas, aux juges d'accorder ou de ne pas accorder, suivant les circonstances, au créancier, l'autorisation qu'il demande; — dans tous les cas, c'est-à-dire non-seulement lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, mais encore lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire; qu'ils ne sont pas liés, à cet égard, par ses conclusions; de sorte que, lors même que le créancier aurait conclu uniquement à ce que l'autorisation lui fût accordée, soit en vertu de l'article 1143, soit en vertu de l'article 1144, sans conclure, même subsidiairement, à une condamnation en dommages-intérêts, en vertu de l'article 1142, les juges n'en peuvent pas moins toujours adopter le mode d'indemnité qui leur paraît le plus juste et le plus favorable à l'intérêt des parties, et condamner, en conséquence, seulement le débiteur au payement d'une indemnité pécuniaire (comp. Larombière, t. I, art. 1143, 1144, n° 7 et 9).

504. — *b.* — D'après la seconde opinion, il faut distinguer entre l'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire.

S'agit-il d'une obligation de faire et de l'application de l'article 1144?

Les partisans de cette seconde opinion s'accordent avec l'opinion, qui précède, pour décider qu'il appartient aux juges d'accorder ou de refuser, suivant les circonstances, au créancier, l'autorisation qu'il demande, et de

lui allouer seulement des dommages-intérêts, lors même qu'il demanderait l'autorisation d'exécuter ou de faire exécuter l'obligation, au lieu et place du débiteur, et à ses frais (comp. Cass., 20 déc. 1820, Sirey, 1821, I, 428; Lyon, 29 avril 1853, comm. de Belleville, Dev., 1853, II, 347; Cass., 19 mars 1853, mêmes parties, Dev., 1855, I, 648. Lyon 14 juin 1860, compag. des mines de Roche-la-Molière, Dev., 1861, II, 163).

Mais, au contraire, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, ils ne veulent pas reconnaître aux juges cette faculté discrétionnaire d'appréciation; et ils enseignent que :

« *Lorsqu'il est possible de détruire ce qui a été fait en contravention à une pareille obligation, le créancier doit, s'il le demande, être autorisé à faire opérer cette destruction, aux frais du débiteur;* et ce, sans préjudice aux dommages-intérêts, qui pourraient lui être dus » (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 29; Massé et Vergé, t. III, p. 363; D., *Rec. alphabét.*, v° *Obligations*, n° 718).

505. — *c.* Enfin, la troisième opinion, que nous croyons devoir proposer, consiste à dire que les juges n'ont, en aucun cas, la faculté discrétionnaire d'accorder ou de refuser au créancier l'autorisation, à laquelle il conclut, soit en vertu de l'article 1143, soit en vertu de l'article 1144; en aucun cas, c'est-à-dire non-seulement lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, mais aussi lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire.

Et d'abord, nous repoussons cette opinion intermédiaire, qui distingue entre les obligations de faire et les obligations de ne pas faire (*supra*, n° 504); la différence de rédaction, que l'on peut remarquer entre l'article 1143 et l'article 1144, n'est pas telle, suivant nous, qu'elle puisse suffire à justifier une distinction pareille; nous avons, au contraire, constaté plus d'une fois la répugnance que le législateur éprouve à autoriser les destructions des travaux ou des ouvrages, qui sont, une fois

faits, lors même qu'ils ont été faits sans droit ! (art. 554, 555 ; comp. notre *Traité de la Distinction des biens ; de la Propriété, etc.*, t. I, nos 658, 668 et 669) ; et vraiment, s'il y avait une distinction à faire, il semblerait plus naturel de la faire en sens inverse de celle qui est proposée, c'est-à-dire de n'accorder aux juges une faculté discrétionnaire d'appréciation que relativement aux obligations de ne pas faire.

Mais, à notre avis, c'est sans aucune distinction entre les unes et les autres, qu'il faut, dans tous les cas, décider que cette faculté ne leur appartient pas, et qu'ils doivent, au contraire, faire droit aux conclusions du créancier, soit qu'il demande l'autorisation de détruire ce que le débiteur a fait en contravention à son obligation, soit qu'il demande l'autorisation d'exécuter l'obligation, au refus de celui-ci et à ses frais :

1° La règle fondamentale et essentielle de toute cette matière, c'est que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134) ; règle essentielle, en effet, que nous sommes, pour notre part, résolu à maintenir sévèrement sur tous les points !

Or, l'une des conséquences les plus nécessaires, qui en résultent, est que le créancier doit avoir le droit d'obtenir l'exécution effective de l'obligation elle-même, quelle qu'elle soit, de faire ou de ne pas faire, sans qu'il puisse être loisible au débiteur de s'en rédimer à prix d'argent, parce qu'il se repentirait de l'avoir contractée ! (*Supra*, n° 488.)

2° Les articles 1143 et 1144 dérogent-ils à cette règle ?

Mais c'est tout le contraire ! ces articles ont précisément pour but de ramener à l'application de la règle celles des obligations de faire ou de ne pas faire, qui en sont susceptibles.

Et si l'on objecte l'article 1142, d'après lequel toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dom-

mages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, notre réponse est déjà faite : c'est qu'il ne faut pas séparer l'article 1142 des articles 1143 et 1144, qui déterminent l'étendue d'application, qu'il comporte (*supra*, n° 488).

3° Eh ! pourquoi donc, le débiteur qui a contracté une obligation, de faire ou de ne pas faire, s'en trouverait-il affranchi par le fait seul de son refus injuste, lorsqu'il est possible que le créancier obtienne l'exécution effective de cette obligation ?

Il n'y en aurait aucun motif!

Telle était bien la pensée des auteurs de notre Code :

« *Cependant*, disait M. Favard, dans son Rapport au Tri-« bunat, *il a fallu laisser au créancier le droit de faire* « *détruire, aux dépens du débiteur, ce qu'il aurait fait ou* « *fait faire en contravention du contrat; le projet le porte.*

« *Il a fallu aussi, et par la même raison, laisser au* « *créancier le droit de faire exécuter lui-même l'obligation* « *aux dépens du débiteur....* » (Locré, *législat. civ.*, t. XII, p. 433 ; comp. Pothier, n° 158 ; Toullier, t. III, n° 218; Duranton, t. X, n° 460 ; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n°s 60 et 60 *bis*, I et II ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 303).

506. — Nous supposons d'ailleurs, dans la solution que nous venons de présenter, ces trois points comme constants :

1° Que le débiteur n'a aucun motif légitime de refus ni d'empêchement (art. 1146 et suiv.) ;

2° Qu'il est possible de détruire ce qu'il a fait en contravention à son obligation, ou d'exécuter ce qu'il refuse de faire ; et, selon nous, il suffit que la destruction ou l'exécution soit possible, pour qu'elle doive être ordonnée, lors même qu'elle devrait être dispendieuse .... *sibi impature debet* (*voy.* pourtant Lyon, 14 juin 1860, Compagn. des mines de Roche-la-Molière, Dev., 1861, II, 163);

3° Qu'aucun autre intérêt que celui du créancier et du

débiteur ne se trouve engagé dans le débat, et qu'il ne résulte pas des circonstances particulières du fait, que les juges auraient, par exception, dans l'intérêt d'un tiers, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur le mode d'indemnité qu'il conviendrait le mieux de déterminer (comp. Lyon, 29 avril 1853, Comm. de Belleville, Dev., 1853, II, 347; et les *Observations, h. l.*).

Mais lorsque, en effet, ces trois conditions se trouvent réunies, nous maintenons que c'est un droit, pour le créancier, d'obtenir l'autorisation à laquelle il conclut, soit, d'après l'article 1143, quant à l'obligation de ne pas faire, soit, d'après l'article 1144, quant à l'obligation de faire.

507. — Puisque l'inexécution de l'obligation de faire n'a pas les mêmes conséquences que l'inexécution de l'obligation de donner, il importe de distinguer ces deux obligations l'une de l'autre.

Cette distinction, d'ailleurs, est généralement facile.

L'obligation de donner est celle dont l'exécution consiste dans la délivrance d'une chose, que le créancier a le droit de réclamer en vertu d'un titre quelconque; elle implique elle-même aussi, sans doute, la nécessité d'un certain *fait* de la part du débiteur, puisque c'est lui, régulièrement, qui doit *faire* cette délivrance au créancier; mais ce n'est pas dans ce fait de la délivrance, que consiste l'objet de l'obligation; il consiste dans la chose elle-même que le créancier peut obtenir *manu militari*, malgré le refus du débiteur, sans qu'il soit nécessaire d'exercer une contrainte physique contre sa personne (*voy.* n° 400; comp. Duranton, t. X, n° 394).

C'est en conséquence de ce principe qu'il a été décidé que la convention par laquelle l'une des parties promet à l'autre de mettre à sa disposition un certain local, produit, non pas une obligation de faire, mais une obligation de donner; « *ce qui permet d'ordonner toutes les mesures*

« *coercitives nécessaires pour l'exécution de l'obligation....* » (Colmar, 8 mai 1845, Fellmann, Dev., 1847, II, 117).

508. — Pareillement, qu'un éditeur promette à un libraire de lui fournir tous les exemplaires d'un livre, qu'il lui demandera pendant un certain temps, et moyennant un prix déterminé, la Cour de cassation décidera, avec raison « *qu'une telle obligation ne peut être* « *considérée, à aucun titre, comme une obligation de faire,* « et que les conséquences n'en doivent pas être régies « par l'article 1142.... » (24 mai 1855, Penaud, Dev., 1857, I, 39; comp. aussi Cass., 6 juill. 1857, Regnier, D., 1857, I, 388).

509. — M. Larombière a écrit que « certaines obligations ont un caractère mixte, par suite de la faculté qu'ont les tribunaux de les convertir sans les dénaturer; telles sont les prestations alimentaires, soit qu'elles résultent d'une obligation légale ou d'une obligation conventionnelle » (t. I, art. 1142, n° 6).

Peut-on bien dire que ces sortes d'obligations soient *mixtes?*

Cette appréciation nous paraît contestable; car, si elle était exacte, elle produirait des conséquences, que le savant auteur lui-même d'ailleurs désavoue.

Ce n'est pas ici le lieu de nous occuper de l'obligation alimentaire légale, qui existe, *ex officio pietatis,* entre certains parents et alliés; c'est là une obligation spéciale, dont nous avons exposé le caractère et les effets dans notre traité *du Mariage et de la Séparation de corps* (t. II, n°s 22 et suiv.); et nous ne pouvons que nous y référer.

L'objet actuel de notre étude, ce sont les obligations conventionnelles.

Or, est-il vrai de dire que l'obligation alimentaire conventionnelle ait, par elle-même, un caractère mixte?

Nous ne le croyons pas.

Ou, du moins, faut-il faire une distinction :

La pension alimentaire est-elle déterminée en argent ou en denrées à fournir par le débiteur au créancier ?

C'est une obligation de donner et non une obligation de faire; une obligation de donner, disons-nous, pure et simple, et non pas mixte ; de sorte que les juges n'auraient pas le pouvoir de substituer au mode de prestation alimentaire déterminé par le contrat, un mode de prestation différent, en décidant, par exemple, que le débiteur recevra le créancier dans sa demeure et lui fournira, en nature, le logement, les aliments et les vêtements; ce serait là, en effet, substituer une obligation de faire à une obligation de donner.

Mais si, au contraire, l'obligation alimentaire, telle qu'elle résulte de la convention, consiste, de la part du débiteur, à loger, à nourrir et à vêtir le créancier, les juges, en effet, auraient le pouvoir, dans le cas où le débiteur n'accomplirait pas ou accomplirait mal cette obligation de faire, d'y substituer l'obligation de *donner* au créancier une certaine somme ou une certaine quantité de denrées; mais on voit que, même dans ce cas, ce serait encore l'application du droit commun, puisque le débiteur serait condamné à des dommages-intérêts, qui devraient être, pour le créancier, l'équivalent de l'obligation, qu'il n'exécute pas (Comp. Angers, 25 févr. 1829, Sirey, 1829, II, 187 ; Cass., 29 juill. 1843, Rousset, Dev., 1843 ; D. *Rec., alph.*, v° *Obligations*, n° 710).

510. — Quel est, au point de vue de la distinction des biens, le caractère de l'obligation de faire, ou de ne pas faire ?

Est-elle meuble ? — Est-elle immeuble ?

Cette thèse est controversée; mais ce n'est pas ici sa place; et nous y avons consacré des développements, auxquels il suffit de nous référer (comp. notre *Traité de la Distinction des biens ; de la Propriété*, etc., t. I, n°s 372 et suiv.; ajout. Colmet de Santerre, t. V, n° 60 *bis*, IV).

SECTION IV.

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION.

SOMMAIRE.

511. — Exposition.
512. — Division.

511. — Puisque les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, il ne saurait être permis d'y contrevenir impunément ! (art. 1134; *supra* nº 387).

De là le droit, pour le créancier, d'obtenir la réparation du préjudice, que le débiteur peut lui causer, par l'inexécution de l'obligation.

Cette réparation consiste dans les *dommages-intérêts*.

512. — Nous avons à examiner, sur cette matière, deux points principaux; à savoir :

I. Sous quelles conditions et dans quels cas le débiteur peut-il être condamné à des dommages-intérêts envers le créancier;

II. Quelle est la mesure des dommages-intérêts; et de quelle manière ils doivent être appréciés.

I.

Sous quelles conditions et dans quels cas le débiteur peut-il être condamné à des dommages-intérêts envers le créancier?

SOMMAIRE.

513. — Trois conditions sont, en général, requises, pour que le débiteur se trouve dans le cas d'être condamné a des dommages-intérêts envers le créancier. — Exposition.
514. — 1º — Il faut que le débiteur soit en demeure, (lorsqu'il s'agit des dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution). — Explication.
515. — De quelle manière le débiteur peut-il être constitué en demeure? — Exposition historique.

545. — Les règles sur la mise en demeure, en matière d'obligations contractuelles, ne sont pas applicables en matière d'obligations résultant de délits ou de quasi-délits. — Renvoi.

546. — 2° — La seconde condition, pour que le débiteur soit passible de dommages-intérêts envers le créancier, c'est que le retard ou l'inexécution de l'obligation lui soit imputable. — Exposition.

547. — *a*. — Le débiteur est passible de dommages-intérêts, toutes les fois qu'il ne justifie pas que la cause de l'inexécution de l'obligation, ou du retard dans l'exécution ne peut pas lui être imputée. — C'est donc à lui de prouver l'existence de cette cause.

548. — Il n'est pas nécessaire que le débiteur soit de mauvaise foi, pour que le créancier ait droit, contre lui, à des dommages-intérêts; il suffit que la cause de l'inexécution de l'obligation ou du retard, lui soit imputable.

549. — Suite.

550. — Suite.

551. — Suite.

552. — *b*. — Le débiteur n'est point passible de dommages-intérêts, toutes les fois qu'il justifie que l'inexécution de l'obligation ou le retard dans l'exécution provient d'une force majeure ou d'un cas fortuit.

553. — Quelle est l'acception de ces mots : *force majeure* et *cas fortuit?*

554. — Suite.

555. — Suite. — De ce qu'on appelle *le fait du prince*.

556. — Suite.

557. — Suite.

558. — Faut-il considérer comme un cas fortuit le fait d'un tiers, par lequel l'exécution de l'obligation aurait été empêchée?

559. — *Quid*, si l'empêchement a été causé par une chose, par un animal?

560. — Le débiteur ne se trouve déchargé de toute responsabilité, à raison de la force majeure ou du cas fortuit, qu'autant que l'événement n'a pas été précédé, accompagné ou suivi de quelque faute, qui lui soit imputable.

561. — Quelle doit être la distribution des rôles, entre les parties, en ce qui concerne le fardeau de la preuve?

562. — Suite. — Renvoi.

563. — Le débiteur doit, quand il le peut, avertir le créancier du cas fortuit ou de la force majeure qui l'empêche d'exécuter son obligation. — Conséquence.

564. — Le débiteur est encore responsable du cas fortuit ou de la force majeure : 1° lorsqu'il s'en est chargé par une clause expresse; 2° lorsqu'il est en demeure.

565. — *c*. — La troisième condition requise, pour que le débiteur soit passible de dommages-intérêts envers le créancier, c'est que le créancier ait éprouvé, en effet, un dommage. — Explication.

566. — Le dommage que le créancier peut éprouver, peut provenir de deux causes : soit de l'inexécution de l'obligation; soit du retard dans l'exécution. — Et de là deux sortes de dommages-intérêts : les uns, compensatoires; les autres moratoires.

567. — Suite.

568. — Suite.

513. — Trois conditions sont, en général, requises pour que le débiteur se trouve dans le cas d'être condamné à des dommages-intérêts envers le créancier.

Il faut :

1° Qu'il soit en demeure, (lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution);

2° Que la demeure, ou plus généralement, l'inexécution de l'obligation lui soit imputable;

3° Que le créancier ait éprouvé un préjudice, soit par suite du retard dans l'exécution, soit par suite de l'inexécution, soit enfin par suite de l'exécution insuffisante ou incomplète de l'obligation.

Expliquons successivement chacune de ces conditions.

514. — I. Et d'abord, il faut que le débiteur soit en demeure.

L'article 1146 est ainsi conçu :

« Les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le « débiteur est en demeure de remplir son obligation; « excepté néanmoins lorsque la chose, que le débiteur « s'était obligé de donner ou de faire, ne pouvait être « donnée ou faite que dans un certain temps, qu'il a « laissé passer. »

Cette première condition s'explique d'elle-même; et il est évident que le débiteur ne saurait encourir aucuns

dommages-intérêts pour cause d'inexécution de son obligation, lorsqu'il n'est pas *en demeure, in mora,* c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas légalement en retard de l'exécuter.

Il n'y a, dans ce cas, en effet, nulle faute de sa part; et, par exemple, comment pourrait-on comprendre une demande de dommages-intérêts contre un débiteur, qui ne serait tenu que d'une obligation conditionnelle ou à terme, si la condition n'était pas accomplie, ou si le terme n'était pas échu!

C'est alors le cas de dire, avec Scœvola :

« *Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.* » (L. 88, ff. *De regul. juris.*)

Aussi, l'intérêt de notre sujet ne porte-t-il pas sur la nécessité très-manifeste, en effet, de cette première condition, d'après laquelle il faut que le débiteur soit en demeure pour être soumis à des dommages-intérêts; il porte sur la manière, dont le débiteur peut être régulièrement constitué en demeure.

515. — Déjà, nous avons abordé incidemment cette thèse (*supra* n[os] 430 et suiv.).

Et le moment est venu de la compléter.

Le principe général, posé par l'article 1139, est, avons-nous dit, que le débiteur ne se trouve pas en demeure, de plein droit, par cela seul que l'exécution de l'obligation est exigible et qu'elle pourrait être, en effet, exigée par le créancier.

Notre article ne fait même aucune distinction entre le cas où l'obligation a été immédiatement exigible, dès l'instant de sa formation, parce qu'elle a été contractée purement et simplement et sans terme, et le cas où elle est devenue exigible, postérieurement à sa formation, par l'échéance du terme, sous lequel elle a été d'abord contractée.

Le Droit romain paraît, au contraire, avoir fait, entre l'un et l'autre cas, une distinction remarquable :

Dans le premier cas, c'est-à-dire si l'obligation avait été

contractée purement et simplement, et si la convention ne fixait aucun terme pour l'exécution, le débiteur n'était point en demeure, tant qu'il n'avait pas été interpellé par le créancier; on présumait que l'intention des parties avait été seulement d'obliger le débiteur à tenir la chose, ou plus généralement l'objet du contrat, à la disposition du créancier, et de rendre l'obligation exigible à la volonté de celui-ci ; d'où la conséquence qu'il était nécessaire que le créancier manifestât sa volonté d'exiger l'exécution ; c'est ce que les interprètes avaient appelé *mora ex persona* ou *ex homine*, parce que, en effet, cette demeure ne résultait que d'une interpellation, judiciaire ou extrajudiciaire, faite par le créancier.... *ex personâ.*

Mais, au contraire, dans le second cas, c'est-à-dire si l'obligation avait été d'abord contractée à terme, *certo tempore*, dit Justinien (*infra*), le débiteur était constitué en demeure par la seule échéance du terme ; on présumait que cette fixation, dans le contrat lui-même, de l'époque à laquelle l'obligation devrait être exécutée, annonçait, par avance, la volonté du créancier que l'exécution eût lieu, en effet, à cette époque et que le débiteur se trouvait alors averti de manière à ce qu'une nouvelle interpellation ne fût pas nécessaire.

« .... *Cum ea, quæ promisit, ipse in memoriâ suâ ser-* « *varc, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.*» (L. 12 Cod. *De contrah. et committ. stipulat.*)

C'est ce que l'on appelait *mora ex re*, *sine facto hominis*, parce que, en effet, la demeure résultait, dans ce cas, du fait même de l'échéance du terme; d'où était venue aussi cette autre règle : *Dies interpellat pro homine* (comp. *supra* n° 399 ; Noodt, *de fœnor. et usur.*, lib. III, cap. 9, p. 209; Voët, *ad Pandect*, lib. XXII, tit. I, n° 26 et suiv.).

Notre ancien Droit français n'avait pas suivi ces traditions; et nous avons déjà remarqué notamment qu'il n'avait pas admis la maxime : *Dies interpellat pro homine* (*supra*, n° 430).

Les auteurs du Code ont fait de même; la règle est que le créancier doit, dans tous les cas, *interpeller* le débiteur, pour que celui-ci soit constitué en demeure; *dans tous les cas*, nous voulons dire, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'obligation a été immédiatement exigible, ou si elle n'est devenue exigible que par l'échéance d'un terme conventionnel.

On présume, dans l'un comme dans l'autre cas, favorablement pour le débiteur, que le créancier, qui ne réclame pas l'exécution de l'obligation, accorde tacitement un délai au débiteur, ou du moins qu'il tolère son retard, et qu'il n'éprouve aucun préjudice par suite de l'inexécution de l'obligation.

516. — Si tel est, comme nous le croyons, le vrai motif de la disposition de l'article 1139, on ne saurait, à notre avis, admettre, ainsi que M. Larombière pourtant l'enseigne, que le débiteur puisse être condamné à des dommages-intérêts, à raison du préjudice, que le créancier prétendrait avoir éprouvé, par suite de l'inexécution de l'obligation, antérieurement à sa mise en demeure.

Voici comment s'exprime le savant auteur :

« De ce que les dommages-intérêts ne sont dus, en général, que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, *il ne s'ensuit pas qu'ils ne doivent se calculer que sur le préjudice causé à partir de la mise en demeure*. Vous deviez, par exemple, me délivrer la chose vendue le lendemain de la vente; six mois s'écoulent; vous ne m'avez pas encore fait délivrance. Je vous adresse une sommation; et deux jours après, vous me délivrez la chose. *Je n'aurai pas droit seulement à des dommages-intérêts calculés sur le préjudice qui m'aura été causé par les deux jours de retard à partir de la sommation; j'aurai droit à des dommages-intérêts tels, qu'ils soient la réparation de tout le préjudice causé par votre retard, à partir du jour même où la délivrance devait m'être faite*. Il me suffit de protester, par votre mise en de-

meure, contre l'inexécution encore pendante de vos engagements, pour que j'aie droit à une réparation complète. Si donc la loi, en exigeant que je vous mette préalablement en demeure, semble interpréter mon silence dans le sens d'une négation de tout préjudice, ce n'est pour elle qu'une présomption qui cède à la preuve contraire résultant de ma demande ; je proteste toujours assez à temps, en le faisant avant l'exécution de votre obligation ; aussi, l'article 1146 ne dit pas, comme l'article 1153, que les dommages-intérêts ne sont dus que du jour de la demande, mais bien qu'ils sont dus, lorsque le débiteur est en demeure ; ce qui élargit la base de leur supputation, puisque la loi, pour déterminer le point de départ, se borne à fixer les conditions et l'époque de leur exigibilité....» (T. I, art. 1146, n° 3.)

Cette doctrine ne nous paraît pas juridique ; et nous pensons, au contraire, que la règle générale est que le créancier ne peut réclamer de dommages-intérêts que pour la réparation du préjudice, qu'il a éprouvé depuis la mise en demeure du débiteur :

1° Pourquoi, en effet, le législateur a-t-il décrété que *les dommages intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation*, et que le débiteur n'est en demeure que lorsque le créancier a manifesté sa volonté d'en obtenir l'exécution ?

C'est, avons-nous dit, parce qu'il présume que le créancier, qui ne manifeste pas cette volonté, accorde tacitement un répit au débiteur et qu'il n'en éprouve pas de préjudice.

Et, par conséquent, la doctrine, qui permet au créancier de demander des dommages-intérêts, à raison d'un préjudice qu'il prétend avoir éprouvé, par suite de l'inexécution de l'obligation, avant la mise en demeure du débiteur, va directement contre la présomption de la loi, et contre le motif essentiel sur lequel reposent les dispositions combinées des articles 1139 et 1146 !

Nous ajoutons que cette doctrine blesse, en outre, suivant nous, la bonne foi et l'équité.

Comment! voilà un créancier, que rien n'empêche, s'il le veut, de demander l'exécution de l'obligation; il ne la demande pas pourtant, il ne donne aucun avertissement au débiteur....; et puis après, il pourrait venir lui reprocher son retard et lui demander la réparation du préjudice qu'il en a, dit-il, ressenti!

Mais vraiment, ce serait là une sorte de piége! si l'inexécution vous causait du dommage, il fallait donc le dire! tant que vous ne le disiez pas, le débiteur n'était pas en faute; et s'il n'était pas en faute, il ne doit pas de dommages-intérêts!

2° Tel était bien, en effet, le principe de notre ancien droit.

« C'est encore, disait Pothier, un effet de l'obligation de donner de la part du débiteur, que, lorsqu'il a été en demeure de satisfaire à son obligation, il soit tenu des dommages-intérêts du créancier, résultant de cette demeure, et qu'il doive, en conséquence, *l'indemniser de tout ce qu'il aurait eu, si la chose lui eût été donnée aussitôt qu'il l'a demandée....* »

« C'est aussi, en conséquence de ce principe, que le débiteur est tenu de faire raison au créancier, non-seulement des fruits perçus, mais de tous ceux qui auraient pu être perçus par le créancier, DEPUIS LA DEMEURE DU DÉBITEUR. » (N° 143; ajout. n° 146.)

3° Voilà également le principe que notre Code a posé; et cela paraît d'autant plus certain, que précisément, en cette matière de la demeure du débiteur, il a conservé les anciennes traditions de notre jurisprudence française (*supra*, n° 430); disposer, en effet, comme il le fait dans l'article 1146, que *les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure*, n'est-ce pas dispoeer que c'est la demeure elle-même, qui est le principe générateur des dommages-intérêts; et que par conséquent,

ces dommages-intérêts, qui ne sont que l'effet de la demeure, ne peuvent être dus que pour le préjudice postérieur à la mise en demeure?

Nous le croyons ainsi.

Et c'est bien en ce sens que l'article 1153 dispose que les dommages-intérêts ne sont dus *que du jour de la demande.*

Quoi de plus clair!

En vain, on objecte qu'il ne s'agit, dans l'article 1153, que des obligations qui *se bornent au paiement d'une certaine somme* et que c'est là une disposition spéciale.

La réponse nous paraît facile.

Ce qu'il y a de spécial dans ces sortes d'obligations, c'est qu'il faut *une demande* pour constituer le débiteur en demeure, et qu'une simple sommation ne suffit pas, comme dans les autres obligations en général; c'est ce que nous allons bientôt expliquer.

Mais, en tant que l'article 1153 dispose que les dommages-intérêts ne sont dus que du jour *de la demande,* il n'est qu'une application du droit commun « d'après lequel les dommages-intérêts ne sont dus que *du jour de la demeure ;* seulement, tandis que la demeure, dans l'article 1139, peut résulter *d'une sommation,* elle ne peut, au contraire, résulter, dans l'article 1153, que d'une demande; c'est-à-dire que toute la différence est dans la forme de la mise en demeure, et non pas dans ses effets, qui sont, sous ce rapport, pour toutes les obligations, les mêmes.

Pothier est, aussi, sur ce point, très-explicite :

« Ordinairement, dit-il, le débiteur ne doit que les « fruits qui ont pu être perçus *depuis l'interpellation ju-« diciaire qui l'a mis en demeure ;* et les intérêts ne courent « pareillement *que depuis ce jour.* » (N° 144; comp. Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 58 et 58 *bis*, IV; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 63).

517. — Régulièrement donc, disons-nous, la demeure

du débiteur ne résulte pas de cela seul que l'exécution de l'obligation pourrait être, dès actuellement, exigée par le créancier.

Il faut une autre cause encore pour que la mise en demeure soit encourue.

Or, cette cause peut être :

1° Soit une disposition de la loi;

2° Soit la convention des parties;

3° Soit l'interpellation faite par le créancier au débiteur.

C'est-à-dire que la mise en demeure est de trois sortes : *légale*, *conventionnelle*, ou *interpellatoire*.

518. — *a*. La mise en demeure est légale, lorsqu'il existe un texte spécial, d'après lequel le débiteur se trouve, de plein droit, constitué en demeure, indépendamment de toute convention et de toute interpellation.

Dans ces cas exceptionnels, notre Code revient à l'ancienne maxime : *Dies interpellat pro homine*. (Comp. *supra*, n° 430.)

519. — *b*. La mise en demeure est conventionnelle, lorsque la convention porte que, *sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure* (art. 1139).

Une clause aussi formelle ne permet plus de présumer que le créancier, une fois le terme échu, consent à le proroger, puisqu'il a, par avance, protesté contre cette présomption (*supra*, n° 431).

Mais il faut, en effet, que la clause soit formelle; et le doute, s'il en existait, devrait s'interpréter en faveur du débiteur (art. 1162).

Ce n'est pas d'ailleurs, comme nous l'avons déjà remarqué, qu'il y ait, à cet égard, de termes sacramentels; et par exemple, il n'est pas nécessaire d'employer cumulativement les deux locutions, qui se trouvent dans l'article 1139, que le débiteur sera en demeure : 1° par la

seule échéance du terme; 2° et sans qu'il soit besoin d'acte!

Il suffit de l'une d'elles, ou de toute autre locution équivalente, qui témoigne, d'une manière non équivoque, de la commune intention des parties de prendre entre elles pour règle la maxime: *dies interpellat pro homine* (*supra*, n° 432).

520. — Voici une convention, qui fixe un terme pour l'exécution de l'obligation du débiteur, en se bornant à ajouter ces mots : *sous peine de tous dommages-intérêts.*

C'est toute la clause!

En résulte-t-il que le débiteur sera constitué en demeure et devra les dommages-intérêts par la seule échéance du terme?

Nous ne le croyons pas, dans les termes, du moins, que nous venons de proposer, et s'il ne s'y joint aucun élément d'interprétation en sens contraire.

Cette clause nous paraît tout au moins équivoque; et ce qui en résulte seulement, c'est que les parties, loin de déroger à la loi, s'en sont référées à ses dispositions, pour la sanction de l'inexécution de l'engagement (comp. Larombière, t. I, art. 1139, n° 7).

521. — La convention d'ailleurs, à cet égard, peut être tacite; et elle n'a pas moins de force que si elle était expresse.

Eadem vis est taciti atque expressi.

Il en est ainsi, notamment, *lorsque la chose, que le débiteur s'etait obligé de donner ou de faire, ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps, qu'il a laissé passer.*

Ce sont les termes de l'article 1146.

Mais ce texte semble présenter cette hypothèse comme une exception à la règle.

Le débiteur, dit-il, ne doit les dommages-intérêts que lorsqu'il est en demeure, *excepté néanmoins* lorsque la chose, etc.... »

D'où il faudrait conclure, si l'on s'en tenait à cette rédaction, que le débiteur doit les dommages-intérêts, quoiqu'il ne soit pas en demeure !

Mais il n'en est évidemment pas ainsi.

La règle qui gouverne cette matière, est, au contraire, applicable dans ce cas comme dans tous les autres ; et il n'y a aucun motif pour qu'elle ne le soit pas.

Le débiteur donc ne doit alors aussi les dommages-intérêts que lorsqu'il est en demeure.

Mais il est en demeure, par cela seul qu'il a laissé passer le temps dans lequel l'obligation pouvait être exécutée.

Et la demeure, dans ce cas, d'où procède-t-elle?

Elle procède de la convention tacite des parties, qui ne saurait être raisonnablement interprétée d'une autre manière, eu égard à la chose ou au fait, qui en est l'objet.

Comment ! je vous donne mandat de renouveler mon inscription hypothécaire, qui va être périmée dans quinze jours (art. 2154).

Ou je vous remets une somme, en vous chargeant d'exercer pour moi une faculté de réméré, qui expire dans huit jours (art. 1659, 1661).

Vous laissez expirer le délai de quinze jours ou le délai de huit jours.

Voilà donc mon inscription périmée ou ma faculté de réméré perdue !

Et quand je vous demande des dommages-intérêts pour le préjudice que vous m'avez causé par suite de l'inexécution de votre obligation, vous pourriez me répondre que je ne vous ai pas constitué en demeure !

Mais l'objet même de la convetnion impliquait essentiellement la clause que vous seriez en demeure, c'est-à-dire que vous me devriez des dommages-intérêts, si vous n'exécutiez pas cette obligation dans la limite du délai, après lequel elle ne pouvait plus être exécutée ! (Comp. Pothier, n° 147; Cass., 23 févr. 1858, Bru-

nejoy, Dev., 1858, I, 600; Colmet de Santerre, t. V, n° 62 *bis*, III).

522. — M. Larombière remarque qu'il faut que le promettant ait su, soit par la nature de la convention, soit par une mention expresse dans le contrat, soit enfin par les circonstances dont les juges sont appréciateurs souverains, que la chose ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps, dont l'échéance, faute d'exécution, devait être dommageable pour le stipulant (t. I, art. 1139, n° 9).

Cela est, en effet, d'évidence!

La demeure du débiteur est, disons-nous, dans ce cas, conventionnelle.

Or, il ne serait ni logique ni équitable de prétendre que le débiteur a consenti, par la convention, à se trouver constitué, de plein droit, en demeure, à l'expiration d'un certain temps, s'il a ignoré que l'exécution de l'obligation ne pouvait être utilement fournie que dans ce temps;

Donc, si la nature même de la chose à livrer ou du fait à accomplir, ne l'en avertit pas suffisamment par elle-même, il est indispensable que le créancier lui en donne connaissance.

« Le temps dans lequel le débiteur *devait savoir,* dit « Pothier, que l'exécution devait avoir lieu, *l'interpel-* « *lait suffisamment* (n° 147). »

523. — La clause par laquelle il est convenu que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme, fait la loi des parties, comme toutes les conventions légalement formées (art. 1134).

Nous avons déjà dit que les juges n'avaient plus, dans notre droit nouveau, le pouvoir qu'ils avaient, dans notre ancien droit, d'en modifier les conséquences ni d'en refuser au créancier le bénéfice (*supra*, n° 431).

524. — *c.* Supposons maintenant que la loi est muette, et la convention aussi.

La mise en demeure ne sera donc ni *légale*, ni *conventionnelle*.

Elle ne pourra être qu'*interpellatoire*.

Et il faudra que le créancier, après le terme échu, manifeste au débiteur sa volonté que l'obligation soit exécutée.

Cette manifestation doit être faite *soit par une sommation, soit par autre acte équivalent* (art. 1139).

Par une sommation, c'est-à-dire par un acte extra-judiciaire, dont la forme très-simple suffit, en effet, à remplir le but que le créancier se propose, à savoir : d'*interpeller* le débiteur.

C'est d'ordinaire par un huissier que ces sommations sont faites.

Mais elles peuvent aussi être faites par un notaire ; car elles ne constituent pas un acte de poursuite ni d'exécution ; elles n'ont pour but que de constater un fait ; et notre savant collègue, M. Rodière, a fort bien démontré, dans une dissertation, que le Recueil de Dalloz a recueillie (1835, I, 335), que les notaires ont toujours eu, dans l'ancien droit, et qu'ils n'ont pas cessé d'avoir, dans le droit nouveau, la capacité pour dresser ces sortes d'*actes* (Loi du 25 ventôse an XI) ; c'est ainsi qu'ils peuvent faire la notification des actes respectueux (art. 154) ; — de la révocation d'une donation entre-vifs par la survenance d'un enfant au donateur (art. 962) ; — des protets (art. 173 Code de Comm.) ; — des offres réelles (art. 1258).

Ce dernier exemple surtout est probant pour notre hypothèse ; car les offres, purgeant la mise en demeure, il semble logique que le même officier public, qui a qualité pour faire cesser la demeure, ait de même qualité pour la faire commencer (comp. Toullier, t. III, n° 252 ; Larombière, t. I, art. 1139, n° 12.)

525. — *Par autre acte équivalent*, ajoute l'article 1139.

D'où nous devons conclure qu'un *acte* est, en effet,

nécessaire, *un acte en bonne forme*, suivant les termes de l'article 962, c'est-à-dire un *écrit*, *instrumentum* (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 797).

Telle était déjà l'ancienne jurisprudence française (comp. Duparc-Poulain, *Principes du droit franç.*, t. VIII, p. 279; Boiceau et Danti, chap. x).

Une interpellation verbale serait donc insuffisante; et si menaçante qu'elle pût être, elle ne constituerait pas le débiteur en demeure.

Le texte lui-même s'y oppose; et ce n'est pas sans raison que le législateur a considéré que le créancier, qui se borne *à des paroles*, ne prouve pas suffisamment sa volonté sérieuse et absolue d'exiger l'exécution de l'obligation (comp. Toullier, t. III, n° 253).

526. — Mais pourtant voici le créancier, qui vient dire que, par la convention verbale, qui a eu lieu entre son débiteur et lui, le terme a été accordé ou prorogé, sous cette condition que la mise en demeure résulterait, après l'échéance, soit d'une interpellation verbale, soit même du seul fait de l'échéance, sans aucune interpellation.

Et il demande à en faire la preuve.

Nous pensons qu'il y est recevable.

C'est qu'il ne s'agit plus d'une simple *interpellation*, émanant de la seule volonté du créancier;

Il s'agit d'une *convention*, qui est l'œuvre commune des volontés du créancier et du débiteur; d'une convention, disons-nous, indivisible dans toutes les clauses qui la constituent, et qui doit pouvoir être aussi prouvée, d'une manière indivisible, d'après le droit commun, soit par écrit, soit par témoins, suivant l'importance de la chose, dont il s'agit (art. 1341 et suiv.; comp. *infra*, n° 530; Larombière, t. I, art. 1139, n° 14).

527. — On doit d'ailleurs considérer comme équivalent à la sommation tout acte, dont l'effet est d'interrompre la prescription.

Comment, en effet, un commandement ou une citation en justice, ne suffiraient-ils pas à constituer le débiteur en demeure, quand une simple interpellation extra-judiciaire suffit! (Art. 2244 et art. 2246-2247.)

C'est *a fortiori* que la mise en demeure doit en résulter; car ils témoignent, d'une manière particulièrement énergique, et l'on peut dire, menaçante, de la volonté du créancier d'obtenir l'exécution de l'obligation (art. 2244; comp. Toullier, t. VI, n° 253; Duranton, t. X, n° 441; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 64; Larombière, t. I, art. 1139, n°s 16-17; Colmet de Santerre, t. V, n° 56 *bis*, VII).

528. — Il en est de même de la citation en conciliation devant le bureau de paix (art. 2245).

Mais faut-il que cette citation soit suivie d'une assignation en justice dans le délai d'un mois, à dater de la non-comparution ou de la non-conciliation?

Cette condition est requise pour que la citation en conciliation interrompe la prescription et fasse courir les intérêts (art. 2245, Code Napol.; et art. 57 Code de procéd.).

D'où il semble logique de conclure qu'elle est également requise pour constituer la demeure; dès là, en effet, que c'est en sa qualité d'acte interruptif de prescription, que nous considérons la citation en conciliation comme opérant la mise en demeure, il faut bien exiger qu'elle soit interruptive de la prescription !

On objecte que la citation en conciliation doit valoir, dans tous les cas, au moins comme une sommation (comp. Larombière, t. I, art. 1139, n° 17).

Il est vrai; mais comme une sommation *sui generis*, qui a un caractère propre et des effets particuliers, qui ne semblent pas pouvoir être scindés.

Ajoutons que le débiteur, en présence de cette inaction du créancier, ne donnant pas suite à la citation devant le juge de paix, a été autorisé à croire qu'il y renon-

çait (comp. *infra*, n° 538; Cass., 14 juin 1814, Anglade, Sirey, 1814, t. I, 241; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Emphytéose*, § 3; Toullier, t. III, n° 259; Duranton, t. X, n° 441).

529. — La même solution serait, suivant nous, applicable dans le cas où les parties auraient comparu volontairement devant le bureau de conciliation.

Il ne serait pas raisonnable d'exiger une citation que la bonne volonté des parties rend inutile.

Et, en cas de non-conciliation, de deux choses l'une :

Ou le créancier formera sa demande dans le délai d'un mois; et la mise en demeure datera du jour de la comparution volontaire;

Ou le créancier ne formera pas sa demande dans ce délai; et alors la mise en demeure n'aura pas été encourue par le débiteur (comp. Boncenne, *de la Procéd. civ.*, t. II, p. 59; Larombière, t. I, art. 1139, n° 18).

530. — Que la mise en demeure résulte de la reconnaissance volontaire, que le débiteur ferait de sa demeure, c'est la conséquence logique et très-satisfaisante assurément de notre règle; puisque la reconnaissance volontaire du débiteur est un acte interruptif de prescription (art. 2248, *supra*, n° 527).

Nous ferons seulement, à cet égard, deux observations : l'une, quant à la forme; l'autre, quant au fond.

Quant à la forme, la loi n'a soumis cette reconnaissance à aucune condition spéciale; d'où il suit qu'elle peut être faite non-seulement par acte authentique, mais encore par acte sous seing privé, et même par simple lettre (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 64).

Ne pourrait-elle pas même être simplement verbale, sauf à n'en admettre la preuve par témoins que sous les conditions déterminées par la loi pour ce genre de preuve? (Art 1341 et suiv.) Tel est le sentiment de M. Larombière (t. I, art. 1139, n° 20); et l'on peut dire,

en effet, qu'il s'agit alors non pas d'une sommation émanant du créancier, mais d'une reconnaissance émanant du débiteur. Du moins, cette doctrine devrait-elle être admise dans le cas où la reconnaissance du débiteur envers le créancier, offrirait le caractère d'une convention nouvelle intervenue entre eux (comp. *supra*, n° 526).

Et quant au fond, ce qui est indispensable, c'est que le débiteur, en reconnaissant sa demeure, se tienne pour bien et dûment interpellé, de manière à ce que le créancier n'ait plus à faire aucune démonstration.

Il ne suffirait donc pas qu'il se bornât à reconnaître simplement sa demeure, soit en présentant ses excuses au créancier, soit en lui demandant un nouveau délai; une reconnaissance, faite dans ces seuls termes, n'impliquerait pas nécessairement que le débiteur se soumet, de son plein gré, aux conséquences de cette demeure, et qu'il s'oblige à payer les dommages-intérêts au créancier; du moins, serait-ce là une question d'interprétation, qui pourrait être résolue en ce sens; et il importe, dès lors, au créancier de ne pas laisser d'équivoque dans les termes de la reconnaissance.

531. — « La mise en demeure, dit M. Larombière, est immédiatement acquise au créancier. »

Et le savant auteur ajoute :

« Il ne s'agit pas d'accorder au débiteur, à partir de la sommation, ce qu'on appelle un délai moral, généralement de vingt-quatre heures ; tant pis pour lui, si, averti par la convention, il ne s'est pas mis en mesure de payer exactement à l'échéance; telles sont les dispositions formelles de l'article 1139, quand il porte que le débiteur est constitué en demeure par une sommation, par un acte équivalent, ou par la seule échéance du terme s'il a été ainsi convenu. Une mise en demeure est incompatible avec la concession du moindre délai, parce que le débiteur, qui a terme, n'est pas en retard, et, en ce sens, ne doit rien. » (T. I, art. 1139, n° 21 ; comp. Si-

rey, *Consultation*, 1813, I, 363; Toullier, t. III, n° 549).

Cette doctrine nous paraît formulée dans des termes trop absolus.

Que la demeure soit généralement incompatible avec la concession d'un délai, c'est aussi notre avis; et, en ce sens, nous admettons que la demeure, une fois encourue par le débiteur, est immédiatement acquise au créancier, qui a le droit d'en réclamer les conséquences (art. 1656; Troplong, *de la Vente*, t. II, nos 669, 672; *voy.* pourtant Duranton, t. XVI, n° 377).

Mais est-ce à dire que, dès le moment où la demeure va commencer, les conséquences en soient toujours, immédiatement et irréparablement, acquises au créancier?

Voilà ce que nous ne pensons pas.

Je suis, envers vous, débiteur d'un corps certain, de tel cheval, par exemple, dont je devrai vous faire la délivrance dans un mois.

En supposant qu'il n'existe, pour ce cas, aucun texte de loi ni aucune clause de notre convention qui règle la mise en demeure, je ne serai donc constitué en demeure que par votre sommation; et cette sommation, vous ne pourrez me la faire que le lendemain du jour de l'échéance du terme; car le terme tout entier appartient au débiteur; et, par conséquent, le dernier jour tout entier est lui-même compris dans le terme: *Totus is dies arbitrio solventis tribui debet!* (Inst., § 2, *De verb. oblig.*)

Le lendemain donc de ce dernier jour, ou même plusieurs jours après, vous me faites sommation d'avoir à vous délivrer le cheval.

Et tout aussitôt, je me mets en mesure de vous le délivrer.

Mais voilà que, à ce moment même, le cheval périt chez moi par cas fortuit!

Est-ce pour vous qu'il a péri?

Ou pour moi ?

Ce serait pour moi, s'il fallait appliquer à la lettre la doctrine que nous venons d'exposer; car, dirait-on, le débiteur venait d'être constitué en demeure par la sommation (art. 1138, 1139).

Eh bien! nous répondons que c'est pour vous que le cheval aura péri.

Je n'étais point en demeure *avant* votre sommation ; et tout au contraire ! la presomption de la loi était que vous consentiez tacitement à proroger le terme.

Étais-je en demeure *après ?*

Pas davantage! puisque tout aussitôt (nous le supposons ainsi), je me mettais en devoir d'y obéir!

Donc, il y a, par la force des choses, un certain délai dans lequel, même après la sommation du créancier, le débiteur n'est pas en demeure, et ne doit pas subir les conséquences de la demeure; c'est, en effet, le *délai moral*, qui est nécessaire pour l'exécution de l'obligation, dès qu'elle est demandée par le créancier (arg. de l'article 1656).

Voilà précisément ce que décidait Ulpien, dans une hypothèse toute semblable à celle que nous avons choisie :

« Si, post moram promissoris, homo decesserit, te-« netur nihilominus, proinde ac si viveret; et hic moram « videtur fecisse, *qui litigare maluit*, quam restituere » (L. 82, § 1, ff. *De verb. obligat.*);

Or, du débiteur, qui s'empresse de délivrer la chose aussitôt qu'elle lui est demandée, on ne peut pas dire qu'il a mieux aimé *litigare quam restituere;*

Donc, d'après le jurisconsulte romain, ce débiteur n'est pas en demeure, et ne doit pas supporter les risques de la chose.

Telle était aussi la décision de Pothier, dans notre ancien droit :

« C'est encore, disait-il, un effet de l'obligation de donner, de la part du débiteur, que lorsqu'il a été en de-

meure de satisfaire à son obligation, il soit tenu des dommages-intérêts du créancier, résultant de cette demeure, et qu'il doive, en conséquence, l'indemniser de tout ce qu'il aurait eu, *si la chose lui eût été donnée aussitôt qu'il l'a demandée.* » (N° 143.)

Cette doctrine nous paraît aussi équitable que juridique (comp. Duranton, t. X, n° 443).

532. — La règle est, disons-nous, que la mise en demeure, une fois encourue par le débiteur, est acquise au créancier.

Mais il n'en faut pas conclure que cette demeure soit irréparable, et que le débiteur ne puisse pas en être relevé.

Il n'y aurait de cela aucune raison !

Aussi, tout au contraire, la demeure peut cesser :

Soit par le fait du débiteur ;

Soit par le fait du créancier.

533. — Par le fait du débiteur, la demeure est purgée, lorsqu'il fait au créancier des offres réelles suivies d'une consignation régulière.

« Nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, « *offerentem postea periculo liberari.* » (L. 72, § 1, ff. *de Solut. et Liberat.*; Pothier, n° 144).

Il est entendu, toutefois, que la consignation n'arrête les effets de la demeure que pour l'avenir, et qu'elle ne saurait priver le créancier des résultats, que la demeure a produits à son profit, à dater du jour où elle a été encourue (art. 1259, n° 2 ; comp. Toullier, t. III, n°s 256 et suiv.; Duranton, t. X, n° 448 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 66).

534. — La demeure peut cesser, par le fait du créancier, lorsqu'il renonce à s'en prévaloir.

La renonciation peut être expresse ou tacite.

La renonciation *expresse* ne saurait guère soulever de difficulté ; il peut y avoir lieu seulement d'examiner, en fait, quelle en est l'étendue, et si elle est pour l'avenir

seulement ou aussi pour le passé, c'est-à-dire si le créancier a fait une remise des conséquences déjà produites par la demeure, depuis qu'elle a été encourue.

535. — Quant à la renonciation tacite, elle résulte des actes ou des faits quelconques du créancier, qui sont incompatibles avec la demeure du débiteur et dont le résultat est, dès lors, nécessairement, de la faire cesser.

Telle serait la novation qu'il consentirait de sa créance. soit purement et simplement, soit sous condition, soit avec le débiteur lui-même, soit avec un tiers, sans l'intervention du débiteur; et même il y aurait là, le plus souvent, une renonciation expresse à la demeure du débiteur (comp. L. 72, § 1 et 2, ff. *de Verbor. obligat.*; L. 8, § 1, et L. 14, ff. *de Novat.;* Duranton, t, X n° 449).

536. — Telle serait encore évidemment la concession d'un nouveau délai (comp. Larombière, t. I, art. 1139, n° 22).

537. — On pourrait en trouver aussi un exemple dans la jurisprudence aujourd'hui constante, d'après laquelle les compagnies d'assurances, qui adoptent l'usage de faire percevoir, lors de l'échéance, *au domicile des assurés,* les primes par eux dues, doivent être considérées comme renonçant, par ce fait, à la clause de la police portant que, à défaut de paiement de la prime, dans un certain délai, *au domicile de la compagnie*, l'assuré sera déchu de tout droit à l'indemnité, en cas d'incendie (comp., *infra*, n° 542; Cass., 3 mai 1852, l'*Équitable ;* et 15 juin 1852, la *France,* Dev. 1852, I, 558; Bordeaux, 25 mai 1852, le *Sauveur*, Dev. 1852, II, 408; Cass., 11 juin 1855, l'*Aigle,* Dev., 1856, I, 264.)

538. — C'est également par la doctrine de la renonciation tacite, que l'on pourrait expliquer comment la mise en demeure du débiteur cesse, lorsque vient à cesser, par suite de l'inaction du créancier, l'effet juridique de l'acte d'où elle devait résulter.

Le créancier a formé une demande contre son débiteur.

Mais le voilà qui s'en désiste!

Ou bien il laisse périmer l'instance.

« *L'interruption (de la prescription) est regardée comme « non avenue,* » dit l'article 2247.

Et, du même coup, disons-nous aussi, la mise en demeure!

Car la mise en demeure était le résultat de la demande considérée comme acte interruptif de prescription.

Et voilà pourquoi nous avons pensé que la citation en conciliation ne constituait le débiteur en demeure, qu'autant qu'elle était suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit (art. 2245; *supra*, n° 528).

C'est que, en effet, le créancier, qui s'arrête et qui ne donne pas à l'acte, qu'il a commencé, la suite nécessaire pour qu'il produise son effet juridique, doit être considéré comme ayant renoncé à l'intention qu'il avait d'abord manifestée de mettre son débiteur en demeure.

Car il ne peut pas être présumé ignorer que la demande, dont il s'est désisté ou qu'il a laissé périmer, n'aura désormais pas plus d'effet que si elle avait été déclarée nulle pour défaut de forme, ou rejetée sans aucune réserve! (Art. 2248; comp. Toullier, t. III, n° 258, Duranton, t. X, n° 450; Troplong, *De la Prescription*, n° 610; Larombière, t. I, art. 1139, n° 16.)

539. — Mais supposons que c'est par un acte extrajudiciaire, par une simple sommation, que le créancier a constitué le débiteur en demeure.

Quelle sera la durée de cette mise en demeure?

Est-ce qu'elle subsistera aussi longtemps que l'obligation, c'est-à-dire, peut-être pendant trente ans, si telle est, comme il arrive le plus ordinairement, la durée de la prescription à laquelle l'obligation elle-même est soumise?

L'affirmative nous paraît certaine.

Quelques-uns pourtant se récrient contre ce résultat.

Comment! un acte judiciaire, la citation en justice, par exemple, qui est bien plus grave et qui interrompt la prescription, n'a qu'un effet temporaire (art. 399, Code de procéd.); et l'on voudrait qu'un acte extrajudiciaire, beaucoup moins grave, et qui est inefficace pour interrompre la prescription, eût un effet perpétuel! Et de là Toullier conclut « qu'il paraît impossible de penser que l'esprit de la loi soit de faire durer l'effet d'une simple sommation autant que l'obligation principale; que tout ce qui résulte du silence du Code, lorsque le créancier reste dans l'inaction après la sommation, dont parle l'article 1139, est que la question de savoir si cette inaction, plus ou moins longue, suffit pour purger les effets de la demeure, est abandonnée à la prudence du magistrat, qui doit juger, par les faits, par les circonstances, par le temps plus ou moins long que le silence a duré, si le créancier peut être considéré comme ayant renoncé à son droit. » (T. III, n° 260.)

Remarquons d'abord que le savant auteur lui-même reconnaît qu'aucun texte ne limite la durée de l'effet de la sommation, considéré comme acte de mise en demeure.

Il est vrai qu'autrefois, dans certaines provinces, et notamment en Bretagne, l'effet des actes extra-judiciaires ne durait qu'un an, et qu'ils étaient considérés, après ce délai, comme *sur.... annés.* (Comp. Duparc-Poullain, *Principes de droit*, t. IV, p. 285; Loyseau, *des Offices*, L. II, ch. IV, n° 44.)

Mais ce n'était là qu'un usage, qui n'avait rien de général ni d'uniforme; et, notamment, il n'était pas observé à Paris, où l'on ne connaissait pas cette *surannation* des actes extrajudiciaires (comp. *Arrêté du Parlement de Paris du* 28 *mai* 1692, *Journ. des audiences*, t. II, p. 816).

Il est vrai encore qu'il paraît être dans l'esprit général de notre droit nouveau de limiter à un certain temps,

et même à un temps assez court, l'effet des actes de procédure auxquels il n'est pas donné suite (comp. art. 57, 563-565, 674 Code de Procédure); et peut-être aurait-on pu souhaiter qu'une disposition semblable limitât aussi à un certain temps l'effet de la sommation extrajudiciaire.

Le motif, que fournit M. Larombière de la différence que nous exposons, à savoir : que la sommation de l'huissier ne fait que constater le retard du débiteur et qu'*elle n'a de valeur que comme monument, comme preuve authentique, et qu'aucune loi ne fixe la durée d'une preuve ou de la constatation d'un simple fait*, ce motif ne nous semblerait pas, en effet, très-satisfaisant.

Mais ce que le législateur aurait pu faire, ce que peut-être il aurait dû faire, il ne l'a pas fait.

Et dès lors il faut reconnaître que la demeure résultant de la sommation ne se trouverait pas purgée par le seul laps du temps, si prolongé qu'il pût être, dans le cas où le débiteur n'invoquerait pas, en outre, un fait quelconque du créancier duquel on pourrait induire sa renonciation tacite à la mise en demeure.

« *Car, en matière de déchéance, on ne peut raisonner par analogie ;* » c'est la remarque du savant annotateur de Toullier; et elle est très-juste (Duvergier, *loc. supra cit.*, note 1; comp. Delvincourt, t. II, p. 741).

540. — C'est aussi parce que la renonciation tacite du créancier à la mise en demeure, ne peut être induite que de ceux des faits qui la supposent nécessairement, que nous ne voudrions pas l'induire de ce seul fait que le créancier aurait reçu un à-compte, ou plus généralement qu'il aurait consenti à une exécution partielle de l'obligation.

Un tel acte ne nous paraît pas, en effet, impliquer la renonciation aux effets de la mise en demeure, pour le surplus (comp. Larombière, t. I, art. 1139, n° 22).

541. — Il nous reste à présenter une observation

sur cette condition de la mise en demeure, la première, avons-nous dit, qui est requise pour que le débiteur puisse être condamné à des dommages-intérêts (pour retard dans l'exécution), et dont nous venons d'exposer les règles.

C'est que ces règles ne sont pas, indistinctement, applicables à toutes les obligations.

Et d'abord, elles ne sont pas applicables à l'obligation de ne pas faire.

En effet, aux termes de l'article 1145 :

« Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient, doit les dommages-intérêts par le seul fait de la contravention. »

C'est-à-dire qu'il n'est alors besoin d'aucune mise en demeure, ni *légale*, ni *conventionnelle*, ni *interpellatoire!*

Ou plutôt on pourrait dire que la mise en demeure est toujours *légale* dans ces sortes d'obligations, en vertu même de notre article 1145!

C'est là, d'ailleurs, une règle de bonne foi et de bon sens!

Vous êtes obligé, envers moi, à ne pas planter des arbres devant ma maison; et au mépris de cette obligation, vous en avez planté!

Il est clair que nos règles sur la mise en demeure n'ont ici rien à faire.

D'autre part, en effet, la mise en demeure n'a pour but que de constater le retard du débiteur dans l'exécution de l'obligation, sa morosité, son inaction, *mora;* or, il s'agit ici de bien autre chose vraiment que du retard! il s'agit d'un fait positif et *offensif*, par lequel le débiteur a contrevenu à son obligation.

D'autre part, si le débiteur doit être constitué en demeure, c'est parce que le silence du créancier peut l'autoriser à croire que celui-ci consent tacitement à lui accorder un délai; telle est, avons-nous dit, la présomption du législateur.

Or, cette présomption est impossible dans les obligations de ne pas faire ; il n'y a pas alors de terme moyen entre l'accomplissement et l'inaccomplissement de l'obligation ; il faut, nécessairement, de deux choses l'une : ou qu'elle soit exécutée ou qu'elle soit violée! et apparemment le débiteur n'a pas pu croire que le créancier consentait à ce que l'obligation, qui a été contractée envers lui, fût violée par son débiteur !

On peut bien supposer, de sa part, une certaine tolérance pour le délai dans lequel l'obligation doit être exécutée.

Mais supposer sa renonciation à l'obligation elle-même, c'est impossible !

542. — Quant à l'obligation de donner, les règles sur la mise en demeure s'y appliquent (art. 1139, 1146).

Ce n'est pas non plus pourtant d'une manière absolue ; et il faut faire une distinction :

S'agit-il d'une obligation de donner, dont l'exécution doit avoir lieu au domicile du créancier? les règles sur la mise en demeure, que nous venons d'exposer, sont applicables sans aucune modification.

Mais il n'en est pas de même, s'il s'agit d'une obligation de donner, dont l'exécution doit avoir lieu soit au domicile du débiteur, soit dans un lieu déterminé autre que le domicile du créancier ; cette distinction est importante; car la règle générale est que l'exécution de l'obligation doit avoir lieu au domicile du débiteur (art. 1247).

C'est la distinction entre la dette *portable*, dont le débiteur doit aller porter le paiement chez le créancier, et de la dette QUÉRABLE, dont le créancier doit aller chercher et *quérir* le payement chez le débiteur.

Or, dans ce dernier cas, il ne suffit pas, pour que le débiteur soit constitué en demeure, qu'il existe, contre lui, une des trois causes, desquelles nous venons de dire que la mise en demeure peut résulter : soit un texte

de loi, soit une clause de la convention, soit une sommation.

Il faut, en outre, que le créancier constate, par une sommation ou un acte équivalent, qu'il s'est présenté, au domicile du débiteur, ou au lieu désigné dans la convention pour l'exécution de l'obligation.

Et cela est très-juste! c'est l'application de la convention elle-même, cette loi commune des parties! (Art. 1134.)

Le débiteur n'a donc qu'à attendre et à voir venir le le créancier, en se tenant prêt à exécuter l'obligation; et si le créancier ne vient pas, c'est sa faute!

L'explication même, que nous venons de présenter, démontre que cette doctrine est applicable dans tous les cas, sans distinction.

La convention porte, par exemple, que le débiteur sera, de plein droit, constitué en demeure par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin de sommation.

Ou bien, il s'agit d'une obligation de donner, qui ne peut être utilement exécutée que dans un certain temps, après lequel l'exécution ne sera plus satisfactoire! C'est un capitaine de navire, sur le point de quitter le port, qui a acheté, pour son équipage, des vivres livrables au domicile du débiteur, tel jour et à telle heure, sans aucun retard! (Art. 1146.)

Eh bien! ni dans l'un ni dans l'autre cas, le débiteur ne sera en demeure, par la seule échéance du terme, dès que la dette était *quérable*, et que la livraison devait avoir lieu à son domicile.

C'est au créancier, au capitaine, de s'imputer à lui-même, de ne s'être pas présenté chez son vendeur, au jour et à l'heure convenus!

La jurisprudence a fait deux applications intéressantes de cette doctrine.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, dans le cas prévu par l'article 1912, que si la rente est portable,

le droit au remboursement est acquis au créancier par le seul défaut de paiement des arrérages pendant deux années; tandis que, si la rente est quérable, le créancier doit faire constater, par une sommation, qu'il s'est inutilement présenté aux lieu et jour convenus, pour recevoir son paiement (comp. Cass., 8 avril 1818, Sirey, 1818, I, 238; Cass., 10 nov. 1818, Sirey, 1819, I, 13; Cass., 16 déc. 1818, Sirey, 1819, I, 174).

Et la même Cour a décidé pareillement, en matière d'assurances terrestres, que l'assuré n'est pas déchu de son droit à l'indemnité, en cas d'incendie, pour n'avoir pas payé la prime, dans le délai fixé, *au domicile de la Compagnie*, lorsque la Compagnie elle-même a adopté l'usage de faire toucher la prime *au domicile de l'assuré ;* c'est-à-dire lorsqu'il est résulté du mode d'exécution de la convention, entre les parties, que la prime, de *portable* qu'elle était, est devenue *quérable* (comp. les arrêts cités, *supra,* n° 537; Toullier, t. III, n°s 249 et 255; Duranton, t. X, n°s 442 et 466; Larombière, t. I, art. 1139, n° 10).

543. — Il faut ajouter que, même en ce qui concerne l'obligation de faire, les règles sur la mise en demeure ne sont applicables qu'autant qu'il s'agit, en effet, *de la demeure*, c'est-à-dire du retard du débiteur dans l'exécution de son obligation.

Mais il n'en serait plus de même, dans le cas où le débiteur, ne se bornant pas à ne pas remplir son obligation de faire, ferait le contraire précisément de ce qu'il a promis de faire.

Vous vous êtes obligé, envers moi, à faire telle chose; et non-seulement vous ne la faites pas, mais vous faites une toute autre chose, une chose toute contraire!

Votre obligation, par exemple, était de semer dans votre terre du gazon; et vous y plantez des arbres!

Vous voilà en demeure par cela même!

Ou plutôt, il ne s'agit pas de demeure! il s'agit de la

violation même de votre obligation, par un fait offensif, semblable à celui par lequel le débiteur d'une obligation de ne pas faire, contreviendrait à son obligation.

Et cette application de l'article 1145 est très-logique; car l'obligation de faire une chose emporte évidemment l'obligation *de ne pas faire* une chose contraire!

Et puis, en vérité, est-ce que vous avez pu présumer que le créancier consentait à cette transformation de l'objet de la convention! (Comp. Larombière, t. I, art. 1145, n° 3.)

544. — Remarquons encore que, dans les obligations qui dérivent d'une convention synallagmatique, il ne faut pas confondre avec une demande en dommages-intérêts, l'action par laquelle l'une des parties demanderait la réduction de l'obligation, qui en résulte pour elle, par le motif que l'autre partie n'aurait pas rempli entièrement l'obligation corrélative qui en résulte, de son côté; cette demande, en effet, qui dérive *du défaut de cause*, quant à la partie de l'obligation qui n'a pas été remplie, nous paraît pouvoir être formée, indépendamment de toute mise en demeure (comp. Douai, 24 mars 1847, Verschave, Dev., 1848, II, 189; Cass., 16 mars 1853, la ville d'Antibes, Dev., 1853, I, 361; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 63).

545. — La Cour suprême a jugé, en cassant un arrêt de la Cour de Riom, que l'article 1146, qui exige, en matière d'obligations conventionnelles, une mise en demeure, pour rendre passible de dommages-intérêts le débiteur qui n'exécute pas son obligation, est inapplicable dans le cas où il s'agit *de la responsabilité plus rigoureuse de faits, négligences ou imprudences, constituant des quasi délits, que l'on est toujours en demeure de prévenir* (30 nov. 1858, Montenol, Dev., 1859, I, 252; comp. Cass., 9 mai 1832, Dev., 1832, I, 398).

Cette doctrine nous paraît, en effet, juridique; et nous nous réservons d'en fournir plus tard la démonstration

(dans le titre IV: *Des engagements qui se forment sans convention*).

546. — 2° La seconde condition, qui est, avons-nous dit, requise, pour que le débiteur soit passible de dommages-intérêts, c'est que le retard dans l'exécution ou l'inexécution de l'obligation lui soit imputable (*supra*, n° 512).

Article 1147 : « Le débiteur est condamné, s'il y a « lieu, au payement des dommages-intérêts, soit à raison « de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard « dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas « que l'inexécution provient d'une cause étrangère, qui « ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune « mauvaise foi de sa part. »

Article 1148 : « Il n'y a lieu à aucuns dommages-inté- « rêts, lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas « fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de « faire ce à quoi il s'était obligé, ou a fait ce qui lui était « interdit. »

De ces textes résultent deux propositions corrélatives, qui se complètent réciproquement, sans pourtant se confondre absolument l'une dans l'autre :

a. Le débiteur est passible de dommages-intérêts, toutes les fois qu'il ne justifie pas que la cause de l'inexécution de l'obligation ou le retard dans l'exécution ne peut pas lui être imputée;

b. Il n'est point passible de dommages-intérêts, toutes les fois qu'il justifie que l'inexécution ou le retard dans l'exécution provient d'une force majeure ou d'un cas fortuit.

547. — *a*. Notre première proposition n'est que la conséquence de cette règle fondamentale, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134).

Le débiteur est tenu de remplir l'obligation, qu'il a contractée.

Si donc il y manque, il doit être passible des dommages-intérêts envers le créancier, toutes les fois qu'il ne *justifie pas*, dit notre texte, d'une cause d'excuse légitime.

C'est, en conséquence, à lui de prouver l'existence de cette cause (art. 1147, 1315).

548. — Ce qu'il importe aussi de remarquer, c'est que l'excuse n'est légitime qu'autant qu'*elle provient d'une cause étrangère, qui ne peut lui être imputée.*

Il n'est donc pas nécessaire que le créancier, pour avoir droit à des dommages-intérêts contre le débiteur, l'accuse de dol ou de mauvaise foi.

Sa bonne foi fût-elle manifeste, le débiteur n'en est pas moins tenu de dommages-intérêts, lorsque c'est par une cause qui lui est imputable, que l'obligation n'est pas exécutée.

Il y aura lieu, sans doute, de tenir compte de sa bonne foi ou de sa mauvaise foi, dans le règlement du *quantum* des dommages-intérêts (art. 1150, 1151).

Il est vrai ! mais sa bonne foi, qui peut faire modérer le chiffre de la condamnation, ne saurait le soustraire à la condamnation elle-même.

549. — Mais pourtant, s'il lui était impossible, malgré toute sa bonne volonté, d'exécuter l'obligation qu'il a contractée !

La réponse est qu'il ne fallait pas la contracter.... *sibi imputare debet;* le créancier, envers lequel il s'est obligé, ne saurait être victime de son imprudence ou de sa légèreté !

Nous supposons, bien entendu, que l'exécution de l'obligation n'est pas impossible, en soi, et qu'elle serait possible pour d'autres.

Cette impossibilité, individuelle et relative, ne provient donc pas d'une cause étrangère, qui ne puisse pas être imputée au débiteur.

Elle lui est, au contraire, personnelle et imputable !

On ne pourrait plus compter sur rien, en matière d'obligations conventionnelles, s'il était admis que les débiteurs qui se sont obligés témérairement, en seraient quittes pour dire qu'il leur est impossible de remplir leur obligation !

« Cette maxime qu'on n'est pas obligé à l'impossible, dit Pothier, n'est vraie que lorsque l'impossibilité est absolue ; mais lorsque la chose est possible en soi, l'obligation ne laisse pas de subsister, quoiqu'il ne soit pas au pouvoir du débiteur de l'accomplir ; il est tenu des dommages-intérêts résultant de l'inexécution ; il suffit que la chose fût possible en soi, pour que le créancier ait été en droit de compter sur l'exécution de ce qu'on lui promettait ; c'est le débiteur, qui est en faute, de n'avoir pas bien examiné, avant de s'engager, s'il était en son pouvoir d'accomplir ce qu'il promettait. » (Nos 133 et 160 ; comp., notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 223.)

550. — A la bonne heure ! dira-t-on, lorsqu'il s'agit d'une impossibilité relative, qui existait déjà au moment où le débiteur a contracté l'obligation.

Qu'on lui reproche alors d'avoir contracté cette obligation, qui était, à ce moment même, au-dessus de ses forces, cela est juste.

Mais si c'est seulement après avoir contracté l'obligation, qu'il est tombé, sans son fait, dans cette impossibilité relative?

Il avait, par exemple, au moment du contrat, le capital de 100 000 fr., qui était nécessaire pour exécuter l'obligation, qu'il promettait d'accomplir.

Mais voilà que, depuis, ce capital est perdu dans une faillite ; et il lui est maintenant impossible d'accomplir son obligation.

Est-ce qu'il sera, même dans ce cas, tenu des dommages-intérêts?

Assurément ! car, même dans ce cas, on ne saurait

prétendre que *l'inexécution provient d'une cause étrangère, qui ne peut lui être imputée !*

Ce n'est pas une *cause étrangère*, puisqu'elle ne concerne, au contraire, que lui-même, et qu'elle lui est toute *personnelle !*

Et il est vrai de dire aussi qu'elle peut lui être imputée, puisque c'est par son fait au moins, si ce n'est par sa faute ou son imprudence, qu'il se trouve dans l'impossibilité de remplir son obligation. Pourquoi a-t-il fait ce placement, si peu sûr, de son capital ? pourquoi n'a-t-il pas d'autres capitaux ? pourquoi ne s'en procure-t-il pas, au moyen d'un emprunt ou autrement ?

Il peut être de bonne foi, sans doute ; il peut même être malheureux et à plaindre !

Mais il n'en est pas moins débiteur, et tenu par conséquent de remplir son obligation, soit réellement, soit par équivalent, au moyen de dommages-intérêts.

Si rigoureux que ce principe puisse paraître quelquefois dans ses applications, il importe de le maintenir ; car c'est le principe même, sur lequel repose l'inviolabilité des obligations conventionnelles, et qui pourrait se trouver fortement ébranlé, si l'on entrait une fois dans la voie où cette périlleuse objection voudrait nous entraîner !

Nous aurions, à tout instant, des excuses et des défaillances de ce genre !

Voici, par exemple, un fabricant, qui, après s'être obligé à livrer, dans un certain délai, une *commande de rubans,* vient dire que *la rareté des ouvriers, la rigueur du froid, la grande quantité de commandes semblables sur la place,* l'ont empêché de remplir son obligation.

Que l'on y regarde bien ; et l'on verra que ces causes qui sembleraient, à première vue, lui être étrangères et non imputables, n'ont pas vraiment ce caracère, si, en effet, d'autres que lui ont trouvé moyen de faire fabriquer leurs commandes, c'est-à-dire si ces causes n'ont pas pro-

duit, sur la place, une impossibilité générale et absolue de fabrication ! (Comp. Lyon. 20 juin 1845, Arlès-Dufour, Dev., 1846, II, 362; Larombière, t. I, art 1146, n°s 4-7.)

551. — De ce que nous venons de dire, il ne faut pas, toutefois, conclure que le débiteur ne puisse jamais se soustraire au payement des dommages-intérêts envers le créancier, qu'en prouvant que l'inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure.

Telle est, il est vrai, la doctrine de Toullier, qui enseigne que les articles 1147 et 1148, en abrogeant l'ancienne distinction des trois espèces de fautes, ont rendu désormais le débiteur responsable de toutes ses fautes, sans distinction, même des plus légères (*supra*, n° 406).

Mais nous croyons avoir démontré que cette doctrine n'est pas admissible.

Il est vrai encore que, dans certaines hypothèses, notre Code, en effet, semble n'admettre, en faveur du débiteur, d'autre excuse que celle de la force majeure ou du cas fortuit (comp. art. 1733, 1734, 1784, 1953, 1954, Code Napoléon; et art. 230, Code de Comm.).

Mais ces hypothèses sur lesquelles nous nous réservons de nous expliquer successivement, sont exceptionnelles; et elles ne font elles-mêmes que confirmer la règle.

C'est que, en effet, la règle est posée dans l'article 1137, qu'il ne faut pas séparer des articles 1147-1148.

552. — *b*. Ce qui est exact seulement, c'est que le débiteur n'est point passible de dommages-intérêts, toutes les fois qu'il justifie que l'inexécution de l'obligation, ou le retard dans l'exécution provient d'une force majeure ou d'un cas fortuit.

C'est notre seconde proposition (*supra*, n° 546); et celle-ci est évidente.

A l'impossible nul n'est tenu !

Règle, en effet, d'évidence, lorsqu'il s'agit de cette im-

possibilité obsolue, que produit le cas fortuit ou la force majeure (*supra*, n° 549).

553. — Ces mots : *force majeure* ou *cas fortuit*, sont souvent employés, séparément l'un pour l'autre, ou même l'un et l'autre cumulativement, comme synonymes ; et ils expriment, en effet, également l'idée *d'une cause étrangère, qui ne peut être imputée au débiteur.*

« *Omnem vim cui resisti non potest,* dit Ulpien (L. 15, § 2, ff. *locati*; ajout. L. II, § 7, ff. *de administr. rer. ad civit.*)

Viennius en a donné la définition suivante, où l'on en reconnaît bien le caractère :

« *Casum fortuitum definimus omne quod humano captu « præviderі non potest, nec cui præviso potest resisti....* » « (*Partit. juris*, lib. II, cap. LXIV).

Nous avons entendu, toutefois, proposer une distinction entre ces deux termes, la force majeure et le cas fortuit : la *force majeure* exprime plutôt, disait-on, l'idée *d'un accident de la nature;* tandis que le cas fortuit exprime plutôt l'idée *d'un fait de l'homme.*

Les empêchements qui peuvent faire obstacle à l'exécution de l'obligation, indépendamment du fait du débiteur, peuvent, en effet, provenir de ces deux causes : soit de la nature, soit du fait de l'homme.

Les inondations, le feu du ciel, les tremblements de terre, les tempêtes, la neige, la gelée, la grêle, les maladies, la mort, etc., voilà les causes principales *de la force majeure... naturelle.*

La guerre, les larcins, les violences, l'invasion ennemie, etc., voilà les causes principales *du cas fortuit... humain.*

Cette distinction est assurément exacte ; mais nous doutons qu'il en soit de même de la différence de terminologie, à l'aide de laquelle on voudrait entreprendre de distinguer la force majeure d'avec le cas fortuit ; car on les voit, presque partout, au contraire, employés l'un

pour l'autre et confondus dans la même signification, soit dans les livres de jurisprudence, soit dans les textes de la loi (comp. art. 1348 4°, 1773, 1954; Merlin, Répert., v° *Cas fortuit* et v° *Force majeure*).

Hotmann a même distingué cinq espèces d'événements de force majeure ou de cas fortuit:

1° *Divinum*, la foudre, la tempête, etc.;

2° *Naturale*, la maladie, la mort, l'écroulement par vétusté, etc.;

3° *Humanum*, la violence, le fait du Prince, etc.;

4° *Bestiale*, le dommage causé par un animal;

5° *Fluviale*, le dommage causé par un fleuve;

On voit que la nomenclature est complète! mais finalement, elle pourrait être ramenée, en effet, à ces deux causes : *naturale* et *humanum* (comp. Averani, *Interpret. juris*, lib. II, chap. XXVI, une Dissertation sur la force majeure; voy. aussi Sirey, 1815, I, 27).

554. — Les cas fortuits ou de force majeure ont toujours ce caractère qu'ils sont des événements exceptionnels et extraordinaires... *extra consuetudinem*, disait Ulpien (L. 15, § 2, ff. *Locati*).

Mais ils ne sont pas tous exceptionnels et extraordinaires au même degré.

Il en est, que notre Code lui-même appelle cas fortuits *ordinaires et prévus*, et qu'il distingue des cas fortuits *extraordinaires et imprévus*.

C'est ainsi que, dans un contrat de bail, la stipulation, qui met les cas fortuits à la charge du preneur, ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, qu'il est possible, en effet, de prévoir, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure; et elle ne s'applique pas aux cas fortuits extraordinaires, qui n'entrent pas dans les prévisions habituelles des parties, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet (art. 1773).

Cette distinction, fondée sur la nature des choses, est

aussi conforme à l'intention vraisemblable des contractants; et il pourrait y avoir lieu d'en tenir compte dans les contrats autres que le bail.

555. — *Que le fait du Prince*, comme on dit, ou, en d'autres termes, que les commandements ou les défenses de la puissance politique doivent être considérés comme un cas fortuit, c'est ce qui a été, dans tous les temps, reconnu.

Comment, en effet, le débiteur pourrait-il entreprendre d'exécuter l'obligation, contrairement aux ordres d'une autorité.... *cui resisti non potest!* (*supra*, n° 553).

C'est ainsi que la Cour suprême, par arrêt de Cassation, a justement décidé que l'Administration d'un chemin de fer, qui, pour obtempérer à un arrêté de l'autorité compétente rendu dans un intérêt d'ordre et de police, est obligée de livrer à l'usage commun de plusieurs entreprises de voitures publiques un terrain dépendant de l'embarcadère, qu'elle avait loué à une entreprise spéciale, n'est point passible, pour ce fait, de dommages-intérêts envers cette entreprise (3 mars 1847, Compagnie du chemin de fer de Strasbourg, Dev., 1848, I, 47).

556. — Remarquons toutefois que le fait du Prince ne peut avoir le caractère de cas fortuit ou de force majeure qu'autant qu'il *empêche* le débiteur d'exécuter l'obligation par lui contractée; telle est, en effet, la condition générale sous laquelle seulement, d'après l'article 1148, le débiteur est affranchi de toute responsabilité.

D'où il suit que *le fait du Prince* ne pourrait pas soustraire le débiteur au payement des dommages-intérêts, s'il avait eu seulement pour résultat de rendre plus difficile ou plus onéreuse l'exécution de son obligation.

Paul a consenti une vente à terme ou à livrer, d'une certaine quantité de marchandises.

Et voilà que, depuis le contrat, l'autorité publique établit un impôt sur un produit nécessaire à la fabri-

cation de ces marchandises, et dont le résultat est d'en augmenter le prix de revient.

Est-ce que Paul pourra prétendre que l'établissement de cet impôt est un cas de force majeure, qui le délie de son obligation?

Nous ne saurions l'admettre, du moins en thèse générale, et sous la réserve de l'interprétation contraire, que les termes du contrat et les circonstances du fait pourraient exiger.

« Attendu, dit la Cour de Rouen, que si, aux termes de l'article 1148 du Code Napoléon, il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque, par suite d'une force majeure, le débiteur n'a pu exécuter son obligation, il ne suffit pas, pour qu'il en soit ainsi, de pouvoir invoquer la force majeure; qu'il faut encore, suivant cet article de loi, qu'elle ait empêché de donner ou de faire ce à quoi le débiteur s'était obligé; — Attendu que c'est également en ce sens que le fait du Prince peut être une cause de résiliation des contrats; que si, par la soumission à laquelle il oblige, le fait du Prince empêche l'exécution de la convention, il doit, comme les événements de force majeure d'un autre ordre, en entraîner la résiliation; mais que le décret du 17 mars 1852 peut d'autant moins, dans l'espèce, produire cet effet, que l'impôt, dont il s'agit, qui frappe le sel destiné à la fabrication des soudes, avait précédemment appelé l'attention du législateur, et qu'il n'était dès lors pas impossible qu'il entrât dans les prévisions du marché dont il s'agit; que, en tout cas, si cet impôt en rend l'exécution plus onéreuse pour le vendeur, il ne crée pas l'empêchement dont parle la loi.... » (18 nov. 1852, Hazard, Dev., 1853, II, 234; comp. Caen, 8 juillet 1852, Dehoil; Paris, 30 avril 1852, Cusenbesch, Dev., 1852, II, 233-236; Merlin, *Répert.*, v° *Fait du souverain*, et *Quest. de droit*, *eod. verb.*).

557. — Il faut ajouter que le fait du Prince ne saurait être non plus considéré comme un cas fortuit de nature à

exonérer le débiteur du payement des dommages-intérêts envers le créancier, dans le cas même où il aurait empêché l'exécution de l'obligation, si c'était le débiteur lui-même qui l'eût provoqué.

Ce n'est là d'ailleurs que l'application d'un principe de droit commun, que nous allons bientôt poser (*infra*, n° 560; comp. Bordeaux, 24 déc. 1833, Laborde, D., 1834, II, 70; Cass., 8 janv. 1851, Baudry, Dev., 1851, I, 70).

558. — Quant à la question de savoir s'il faut considérer comme un cas fortuit, le fait d'un tiers, par suite duquel l'exécution de l'obligation aurait été empêchée, une distinction est nécessaire :

S'agit-il d'une personne dont le débiteur doit répondre? Il en est, en effet, responsable comme de son propre fait; et il est passible de dommages-intérêts envers le créancier, à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pas pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité (comp. art. 861-864; 1384; 1735; 1797; 1994).

Mais s'il s'agit du fait d'une personne dont le débiteur n'est pas responsable, c'est un cas fortuit qui ne saurait le rendre passible de dommages-intérêts envers le créancier, à moins que celui-ci ne prouve que c'est par une faute qui lui est imputable, que le fait du tiers s'est produit (comp. art. 1953, 1954).

C'est à l'aide de cette distinction que l'on peut, suivant nous, concilier certains textes romains, qui semblent, à première vue, se contredire.

J'ai loué mon jardin à Paul; et un tiers, son voisin, par exemple, en détruit les arbres.

Paul est-il responsable, envers moi, de cette destruction?

Non ! répond Ulpien :

« *Qua enim custodia consequi potuit, ne damnum ab alio dari possit?*.,.. » (L. 41 ff. *Locati;* ajout. Julien, l. 19, ff. *Commodati.*)

Oui ! répond Gaius :

« *Culpæ autem ipsius et illud annumeratur, si, propter*

inimicitias ejus, vicinus arbores exciderit. » (L. XXV, § 4, ff. *Locati.*)

Mais ces deux décisions sont, au fond, concordantes; car, si Gaius rend le locataire responsable du fait de son voisin, c'est que ce fait est le résultat de la faute ou du moins du fait, et de la situation personnelle du locataire lui-même.... *propter inimicitias ejus.*

Et c'est en ce sens que Ulpien lui-même ajoute qu'il en serait responsable, s'il avait commis une faute quelconque par un défaut de soin ou par le mauvais choix de son surveillant: « *Sive custodiri potuit ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit.* » (L. 41, *supra cit.*)

559. — Ce que nous venons de dire *des personnes*, est également vrai *des choses.*

Est-ce par *une chose,* un animal, *bestiale* (*supra,* n° 553), que l'exécution régulière de l'obligation a été empêchée?

Le débiteur est passible de dommages-intérêts, dans le cas où cette chose était sous sa garde, lorsqu'il n'a pas pris les précautions nécessaires.

Il n'en est point passible, dans le cas contraire (arg. des articles 1385, 1386).

560. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que le débiteur ne se trouve déchargé de toute responsabilité, à raison de la force majeure ou du cas fortuit, qu'autant que l'événement n'a pas été *précédé, accompagné* ou *suivi* de quelque faute, qui lui soit imputable.

Car il serait, au contraire, passible de dommages-intérêts, s'il avait pu, en apportant à l'accomplissement de son obligation les soins qu'il devait y apporter, *avant, pendant* ou *après* l'accident, soit prévenir l'accident lui-même: *si modo non ipsius culpa is casus intervenerit* (Inst. *Quib. mod. re contrah. obligat.*, § 2); — soit en prévenir ou en atténuer les effets dommageables (art. 1302; comp. Pothier, n° 142; Larombière, t. I, art. 1148, nos 20, 21).

A plus forte raison, le débiteur serait-il responsable,

si, au lieu de prévenir le cas fortuit ou de force majeure, il l'avait lui-même provoqué! (Comp. *supra*, n° 557.)

561. — A cet égard, la distribution des rôles entre les parties est facile à faire.

C'est le débiteur, évidemment, qui doit prouver le cas fortuit qu'il allègue; car *il l'allègue!* il l'affirme! et c'est à celui qui affirme, qu'est imposé le fardeau de la preuve: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (L. 2, ff., *de Probat*); et puisqu'il *dit* qu'il est libéré de son obligation, il faut qu'il prouve l'événement, qui a produit cette libération (art. 1315).

Mais aussi, lorsque cette preuve a été faite par le débiteur, si le créancier allègue, de son côté, que le débiteur a commis une faute qui doit le rendre passible de dommages-intérêts, nonobstant le cas fortuit, c'est à lui de prouver cette faute; car, à son tour, il affirme; et il devient demandeur: *reus excipiendo fit actor* (arg. des articles 1807, 1808).

562. — Cette doctrine est incontestable, lorsqu'il s'agit d'un de ces cas fortuits, qui ont nécessairement et, pour ainsi dire, d'*emblée*, ce caractère, parce qu'ils sont, en eux-mêmes, exclusifs de toute idée de faute de la part du débiteur; comme les inondations, la tempête, la guerre, le fait du Prince, etc.

Mais elle soulève, au contraire, de graves dissidences, lorsque l'événement est un de ceux, qui peuvent avoir également pour cause soit un cas fortuit, soit une imprudence du débiteur.

L'incendie, par exemple, peut provenir d'une cause étrangère au débiteur; mais il peut aussi provenir de sa faute.

Il en est de même de la mort d'un animal, qui fait l'objet du contrat; est-ce le résultat d'un cas fortuit? n'est-ce pas plutôt le résultat d'une faute, d'un défaut de soin?

En ces circonstances, suffit-il au débiteur, pour être

libéré, de prouver le fait de l'incendie ou de la mort; de sorte que ce serait au créancier de prouver que cet événement a été causé par sa faute?

Ou faut-il que le débiteur lui-même prouve, en outre, que c'est sans faute que l'incendie ou la mort a détruit l'objet de son obligation?

Question délicate, qui met en scène plusieurs articles de notre Code, et notamment les articles 1245, 1302, 1733, 1734, 1807 et 1808.

Mais cette question exigerait des développements, qui ne seraient point ici à leur place.

Nous nous bornons donc à la poser, nous réservant de fournir les explications qu'elle comporte, sous l'article 1302 auquel elle appartient.

563. — Pothier remarque que, si le cas fortuit ou la force majeure, qui empêche le débiteur d'exécuter son obligation, l'exempte de tous dommages-intérêts, c'est à la condition, toutefois, d'en avertir le créancier, afin que celui-ci puisse prendre ses mesures pour y pourvoir par lui-même ou par un autre.

« Sans cela, dit-il, je n'éviterais pas les dommages-intérêts, à moins que cette force majeure ne m'eût aussi ôté le pouvoir de vous faire avertir; » et il cite, en ce sens, la loi 27, § 2, au Digeste, *Mandati* (n° 140).

Cela, en effet, est incontestable; et le défaut d'avertissement, lorsque le débiteur pouvait le donner, constituerait, de sa part, une faute qui le rendrait responsable même du cas fortuit (*supra*, n° 560).

564. — Ajoutons que le débiteur répond encore du cas fortuit et de la force majeure, dans deux cas:

1° Lorsqu'il en a été chargé par une clause *expresse*, sans qu'il y ait d'ailleurs, à cet égard, bien entendu, de termes sacramentels; clause, d'ailleurs, que la loi elle-même, dans certains cas, insère dans le contrat, par interprétation de la volonté vraisemblable des parties (comp. art. 1822, 1825, 1883).

Cette clause, qui constitue une sorte de contrat d'assurances, est, en effet, licite; et s'il est vrai, dans un cas particulier, que la loi l'a défendue (art. 1811), c'est là une exception, dont on peut dire qu'elle confirme la règle générale, que notre Code, d'ailleurs, consacre formellement (art. 1302, 1772, 1773).

2° Le second cas est celui où le cas fortuit et la force majeure ne se produisent qu'après que le débiteur est en demeure (art. 1302, 1er *alinéa*).

Car sa demeure est une faute, de quelque cause d'ailleurs qu'elle procède, de la convention, de la loi, ou de l'interpellation du créancier.

565. — *c.* — Enfin, la troisième condition, qui est requise, pour que le débiteur soit passible de dommages-intérêts envers le créancier, c'est que celui-ci ait éprouvé un dommage.

Il est clair, en effet, que le créancier n'aurait droit à aucune réparation, s'il n'avait éprouvé aucun dommage!

La prétendue réparation serait alors sans cause!

Aussi, la base de toute la théorie des dommages-intérêts, est-elle qu'ils n'ont pour but que d'indemniser le créancier, soit de la perte, qu'il a éprouvée, soit du gain, qu'il a manqué de faire (art. 1149 et suiv.).

C'est en ce sens que, d'après l'article 1147, le débiteur, qui n'a pas exécuté son obligation, ne doit les dommages-intérêts que *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si l'inexécution a causé un préjudice au créancier.

Nous trouvons une application de ce principe dans l'article 1302, qui, après avoir disposé que le débiteur n'est pas libéré par la perte fortuite de la chose, qui faisait l'objet de son obligation, lorsque cette perte est arrivée après sa mise en demeure, ajoute :

« Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne « s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte, « *dans le cas où la chose fût également périe chez le créan-* « *cier, si elle lui eût été livrée.* »

On en pourrait citer bien d'autres exemples.

Vous m'avez donné le mandat de renouveler, pour vous, une inscription hypothécaire ; et je l'ai laissé périmer, faute de renouvellement (art. 2154); mais votre hypothèque ne serait pas venue en ordre utile, lors même que l'inscription aurait été renouvelée.

Quel dommage vous ai-je causé par l'inexécution de l'obligation, que j'avais contractée avec vous?

Aucun !

Donc, vous n'avez droit à aucuns dommages-intérêts.

566. — Le préjudice, que le créancier peut éprouver, peut provenir de deux causes :

Soit de l'inexécution de l'obligation ;

Soit du retard dans l'exécution (art. 1147).

Et de là deux sortes de dommages-intérêts :

Les uns, que l'on appelle, dans la doctrine, *compensatoires;*

Les autres, que l'on appelle *moratoires.*

567. — Les premiers ont pour but de réparer, de *compenser* le dommage que l'inexécution de l'obligation cause au créancier ; et ils doivent avoir, en effet, généralement pour résultat de le mettre, par équivalent, dans le même état que si l'obligation avait été exécutée.

Remarquons, d'ailleurs, que ces mots : *l'inexécution de l'obligation,* sont généraux, et qu'ils comprennent, non-seulement l'inexécution totale, mais aussi l'inexécution partielle, ou l'exécution imparfaite ou défectueuse.

Dans ces différents cas, il y a lieu à des dommages-intérêts *compensatoires,* afin de mettre le créancier au même état que si l'obligation avait été exécutée comme elle devait l'être, d'une manière complète et satisfaisante.

Quant aux intérêts *moratoires*, ils ont pour but, ainsi que leur dénomination même l'indique, de réparer le dommage que le créancier a éprouvé, par suite du retard dans l'exécution de l'obligation.

568. — Ces deux sortes de dommages-intérêts sont,

en général, soumises aux mêmes règles, du moins dans celles des obligations, dont nous nous occupons et qui n'ont pas pour objet le payement d'une somme d'argent.

Nos textes n'établissent pas, en effet, de différence entre les uns et les autres, au point de vue de ce principe qui gouverne tous les dommages-intérêts : à savoir, qu'ils supposent un préjudice éprouvé par le créancier, et qu'ils doivent en être la réparation.

569. — Mais ce n'est pas à dire qu'il ne faille pas distinguer les dommages-intérêts *compensatoires* d'avec les dommages-intérêts *moratoires*.

Cette distinction est, au contraire, fort importante!

Nous en fournirons quatre preuves :

570. — 1° En voici une d'abord, et des plus graves.

Tandis que les dommages-intérêts *moratoires* ne sont dus, (le mot lui-même l'indique), que lorsque le débiteur est en demeure (art. 1146);

Les dommages-intérêts *compensatoires* peuvent être dus, indépendamment de toute mise en demeure.

A quoi bon, en effet, une mise en demeure, lorsqu'il s'agit, non pas de constater un simple retard, mais d'obtenir la réparation du fait même de l'inexécution de l'obligation, ou de l'exécution imparfaite ou défectueuse!

La mise en demeure n'est pas alors seulement inutile ; elle ne se peut pas même concevoir ; et elle n'aurait pas de raison d'être.

C'est en ce sens que l'article 1145 dispose que :

« Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contre-« vient, doit les dommages-intérêts *par le seul fait de la* « *contravention* » (comp. *supra*, n° 54).

Sous ce point de vue donc, on peut dire que l'article 1146 est trop général, lorsqu'il dispose que « les dom-« mages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est « en demeure de remplir son obligation. »

Oui, quant aux intérêts *moratoires;*

Mais non, quant aux intérêts *compensatoires !*

Et c'est sous cette réserve qu'il faut entendre la règle, d'après laquelle trois conditions sont requises, pour que le débiteur puisse être condamné à des dommages-intérêts envers le créancier (*supra*, n°513).

571. — 2° Les dommages-intérêts moratoires peuvent se cumuler, soit avec l'exécution de l'obligation, soit avec les intérêts compensatoires.

Car les uns et les autres ont des causes différentes qui peuvent, en effet, concourir ensemble : les uns étant dus à raison du simple retard; les autres, à raison de l'exécution nulle, incomplète ou défectueuse (comp. *supra*, n° 567; art. 1145; Larombière, t. I, article 1147, n° 2; Colmet de Santerre, t. V, n° 64 *bis*, II).

572. — 3° Il y a, entre les intérêts moratoires et les intérêts compensatoires, cette différence, que les premiers doivent être prononcés, sans difficulté, lorsque le débiteur est en demeure et que le créancier a éprouvé un préjudice;

Tandis que les autres, les intérêts compensatoires, n'étant que l'équivalent de l'exécution de l'obligation, ne doivent être prononcés que lorsque l'exécution n'est pas possible; car c'est le droit du créancier d'obtenir l'exécution même de l'obligation, qui a été contractée envers lui; et on ne saurait laisser au débiteur, le moyen indirect de s'y soustraire, en substituant des dommages-intérêts pécuniaires à l'objet de cette obligation (comp. *supra*, n° 488).

573. — 4° Enfin, voici notre dernière preuve, qui démontrera, de plus en plus, que les dommages-intérêts moratoires et les dommages compensatoires, doivent être soigneusement distingués les uns d'avec les autres.

Elle nous est fournie par un arrêt de la Cour de cassation, qui décide que la clause pénale, stipulée pour le cas de retard dans l'exécution d'une obligation, ne peut être appliquée au cas d'inexécution absolue de la même obligation, et réciproquement; de sorte que les dommages-intérêts qui peuvent être dus, à raison de préjudice souffert par le créancier, dans celle des deux hypo-

thèses, qui n'a pas été prévue, doivent être déterminés par les juges :

« Attendu que le débiteur contrevient à ses engagements et devient passible de dommages-intérêts de deux manières : soit à raison de l'inexécution même, soit à raison du retard dans l'exécution; que, pour le cas de retard comme pour celui d'inexécution, les parties peuvent, par une clause expresse et à titre de peine, régler la somme de dommages-intérêts, qui sera due au créancier; que si une telle stipulation a eu en vue le simple retard et se tait sur l'inexécution, ou réciproquement, le préjudice résultant de celle des deux hypothèses, qui n'a pas été prévue, n'ayant pas été réglé par la convention, il appartient aux juges de l'apprécier et d'arbitrer la somme des dommages-intérêts...; d'où il suit que, en le jugeant ainsi, l'arrêt dénoncé n'a point violé les articles 1134, 1152 et 1154 du Code Napoléon, et a fait une juste application de l'article 1147 du même Code.... (27 juin 1859, Gourdoux, Dev., 1859, I, 656). »

Cette doctrine est, suivant nous, très-juridique (comp. *infra*, n° 609).

II.

Quelle est la mesure des dommages-intérêts; — et de quelle manière ils doivent être appréciés.

SOMMAIRE.

574. — Exposition. — Division.

574. — Pour déterminer la mesure des dommages-intérêts, une distinction doit, avant tout, être faite :

Ou il s'agit de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'une obligation, qui ne se borne pas au payement d'une certaine somme;

Ou il s'agit du retard dans l'exécution d'une obligation, qui se borne au payement d'une certaine somme.

Les règles qui gouvernent la détermination des dom-

mages-intérêts, sont très-différentes dans chacune de ces hypothèses.

Et il est nécessaire de les examiner séparément.

A. — *Du cas où il s'agit de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'une obligation, qui ne se borne pas au payement d'une certaine somme.*

SOMMAIRE.

575. — Aux termes de l'article 1149 :

« Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite, et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »

C'est ainsi que le jurisconsulte Paul décomposait l'indemnité pécuniaire, que les dommages-intérêts doivent représenter :

« *Quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest,* « *quantumque lucrari potui.* » (L. 13, ff. *Ratam rem ha-* « *beri.*)

Cette indemnité, en effet, a pour but de mettre le créan-

cier au même état que si le débiteur avait exécuté l'obligation comme elle devait l'être.

Il faut donc qu'elle comprenne ces deux éléments :

D'une part, la perte, que l'inexécution ou l'exécution tardive lui a causée.... *damnum emergens;*

D'autre part, le gain dont elle l'a privé.... *lucrum cessans.*

Et c'est ce double élément, que représente, le terme complexe de *dommages et intérêts.*

576. — Tel est le principe.

Mais, dans l'application, la question de savoir en quoi consistent la perte que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé, rentre nécessairement dans le domaine du fait, dont l'appréciation appartient aux magistrats.

C'était aussi la remarque de Paul :

« *Quatenus cujus intersit, in facto, non in jure consistit* » (L. 24, ff. *de Regul. juris*).

Et, toutefois, il était indispensable que cette appréciation elle-même fût soumise juridiquement à certaines règles (comp. *infra*, n° 596).

L'expérience a dès longtemps prouvé combien elle est souvent délicate; et il n'est peut-être pas, en effet, de matière, qui ait engendré plus de controverses et de perplexités!

Justinien en témoigne dans la Constitution même, par laquelle il entreprit de la réglementer : « *cum pro eo quod interest, dubitationes antiquæ in infinitum productæ essent....* » (L. unic., Cod. *de Sententiis, quæ pro eo quod interest*).

Et il faut entendre Dumoulin dénoncer le chaos et la confusion, qu'il y a trouvés :... *ineptissimæ anxietates, controversissimæ legum hujus materiæ conciliationes, imo contorsiones!*

Mais ce puissant génie y porta l'ordre et la discipline; et, tout en reconnaissant la prédominance du fait dans l'évaluation des dommages-intérêts, il institua un cer-

tain nombre de règles, pour servir de boussole au milieu de l'infinie variété des espèces que cette matière soulève dans la pratique. (*Tractatus de eo quod interest.*)

Ce sont ces règles, que Pothier a recueillies et fortifiées encore, avec son bon sens et son équité ordinaires (n°s 159 et suiv.).

Et nous allons les retrouver dans notre Code, qui les a législativement consacrées dans les *exceptions* et *modifications*, que l'article 1149 lui-même annonce à la règle *générale* qu'il décrète, et qui se trouvent dans les articles suivants.

577. — A l'exemple donc de Dumoulin et de Pothier, notre Code distingue deux hypothèses :

Ou ce n'est point par le dol du débiteur, que l'obligation n'est pas exécutée;

Ou c'est, au contraire, par son dol.

La première est réglée par l'article 1150;

La seconde, par l'article 1151.

578. — *a.* — Aux termes de l'article 1150 :

« Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts, « qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir, lors du con- « trat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation « n'est point exécutée. »

De quelle cause, en effet, procède, dans ce cas, l'obligation des dommages-intérêts?

Ce n'est point du dol du débiteur, puisque nous supposons qu'il est de bonne foi; ce qu'on peut lui reprocher seulement, c'est d'avoir contracté d'abord une obligation qu'il était hors d'état d'exécuter, ou de s'être mis, depuis, hors d'état de l'exécuter; et encore se peut-il qu'il s'en trouve empêché par des événements indépendants de son fait!

Eh bien! on a reconnu, très-justement, que la vraie cause de l'obligation subsidiaire des dommages-intérêts, réside dans une clause tacite de la convention elle-même, par laquelle le débiteur consent à indemniser le créan-

cier pour le cas où l'obligation principale ne serait pas exécutée;

Or, une convention ne peut se former que par le consentement des parties; et le consentement des parties ne peut s'appliquer qu'aux choses qu'elles ont prévues ou du moins qu'elles ont pu prévoir;

D'où résulte très-logiquement notre règle que le débiteur n'est alors tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir, lors du contrat, puisque ce n'est que dans cette mesure qu'il a consenti à s'y obliger.

579. — Mais quels sont les dommages-intérêts, qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir, lors du contrat?

Cette formule comprend-elle seulement les dommages *intrinsèques*, que le créancier a pu souffrir, relativement à la chose, qui fait l'objet du contrat?

Ou comprend-elle, en outre, les dommages *extrinsèques*, que le créancier a pu souffrir dans ses autres biens par suite de l'inexécution de l'obligation?

Voilà ce qu'il importe de préciser, pour bien connaître l'étendue et la limite de notre règle.

580. — « Ordinairement, dit Pothier, les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages-intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir *par rapport à la chose elle-même qui en a été l'objet*, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs *dans ses autres biens*. C'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose, qui a fait l'objet de l'obligation.... *damni et interesse, propter rem ipsam non habitam.* » (N° 161.)

Cette proposition est très-exacte et aussi très-importante.

D'abord, qu'il faille considérer comme ayant été prévus ou comme ayant pu être prévus, lors du contrat, les dommages, que le créancier souffre, *intrinsecus*, relativement

à la chose même, qui en est l'objet, *propter rem ipsam non habitam,* cela est d'évidence!

C'est l'application la plus nécessaire de notre règle!

Comprendrait-on un vendeur, actionné en garantie, qui viendrait dire qu'il n'a pas pu prévoir, lors de la vente, que l'éviction pourrait causer un dommage à l'acheteur!

Mais cela était un dommage, qui sautait aux yeux! (Pothier, *de la Vente,* n° 139).

Et la même réponse s'applique à tous les contrats, en tant qu'il s'agit des dommages-intérêts relatifs, intrinsèquement, à la chose ou au fait, qui en est l'objet; nul débiteur évidemment ne saurait alléguer qu'il n'a pas pu les prévoir; car il nierait ainsi l'existence même de son obligation!

581. — Le débiteur est donc tenu de ces dommages-intérêts.

Mais *ordinairement,* régulièrement, il n'est, disons-nous, tenu que de ceux-là.

Et nous voici, par conséquent, amené à distinguer, entre les dommages, que le créancier peut souffrir, lesquels sont *intrinsèques,* c'est-à-dire relatifs à la chose, qui fait l'objet du contrat, et lesquels sont *extrinsèques,* c'est-à-dire relatifs à ses autres biens, puisque le débiteur est tenu des uns et n'est pas tenu des autres.

Or, les premiers sont généralement ceux qui concernent, en effet, la chose elle-même, la jouissance de cette chose, et qui y ont un rapport direct et prochain;

Tandis que les autres ne s'y rapportent que d'une manière indirecte et éloignée, et n'atteignent le créancier qu'occasionnellement et par contre-coup, dans ses autres biens.

On faisait, dans le très-ancien droit, sur cette matière, une distinction, qui nous paraîtrait pouvoir être reprise utilement, dans notre droit moderne, pour la plus grande clarté de ces explications. (Comp. *infra,* n° 595.)

On distinguait les dommages-intérêts *communs* ou *généraux*, d'avec les dommages-intérêts *propres* ou *particuliers*.

Par dommages-intérêts *communs*, on entendait la perte faite ou le gain manqué dans des circonstances telles, que toute personne, de même condition, aurait été atteinte également de la même manière : «... *Damnum communiter incursum, lucrum communiter cessans, id est æque uni vel alteri ejusdem conditionis contingens.* »

Et on entendait par dommages-intérêts *propres*, ceux qui provenaient de causes particulières et personnelles à celui qui les éprouvait. «... *Ex singularibus causis, id est ob certam qualitatem damni, ad alium non transmissibilem, et quâ communiter alii non læderentur...* »

Cette distinction était, il est vrai, l'objet de controverses fort obscures ; à ce point qu'il est aujourd'hui malaisé de reconnaître quels en étaient les véritables termes, et si même ce n'était pas l'*interesse extrinsecum*, qu'elle considérait comme commun, plutôt que *l'interesse intrinsecum!* Dumoulin, à qui elle a donné beaucoup de mal, *multum me*, disait-il, *laborasse ad eam divisionem*, finit par la rejeter, en disant qu'en définitive, tout dommage quelconque est *propre* pour celui qui l'a éprouvé... *ipsi damnificato!* (nos 16, 17).

Il est vrai ; et nous comprenons que notre Code n'ait pas cru devoir la reproduire.

Mais nous n'en pensons pas moins qu'il peut être bon que la doctrine moderne relève cette distinction, pour mieux discerner, dans l'application de l'article 1149, les dommages-intérêts qui ont pu être prévus, lors du contrat, d'avec ceux qui n'ont pas pu être prévus.

Les premiers apparaissent, en effet, avec le caractère de dommages-intérêts *communs*, puisqu'ils sont relatifs *à la chose* plutôt *qu'à la personne*, et qu'ils sont nécessairement *intrinsèques;*

Tandis que, au contraire, les seconds apparaissent

comme des dommages-intérêts *propres*, avec le caractère relatif et personnel, qui les rend nécessairement *extrinsèques.*

Cette théorie va devenir plus claire par le secours des exemples.

582. — J'ai vendu à Paul un immeuble 100 000 fr.

Et Paul y a fait des impenses soit nécessaires, soit utiles;

Ou l'immeuble a augmenté de valeur, indépendamment de son fait, par l'ouverture d'une route ou autrement;

Ou encore, depuis la vente, Paul y a établi une auberge, ou un commerce quelconque, qui se trouve aujourd'hui très-bien achalandé.

C'est en cet état que l'acquéreur est évincé.

Quels sont, dans cette espèce, ceux des dommages-intérêts, dont on peut dire qu'ils ont été prévus ou pu être prévus par le vendeur?

En d'autres termes, quels sont les *dommages-intérêts intrinsèques* et *communs*, qui ont un trait direct et prochain à la chose, *propter rem ipsam non habitam?*

Et d'abord, il est évident que je devrai rembourser à Paul, non-seulement *le prix*, (qui n'aurait plus de cause entre mes mains), mais encore toutes les dépenses, que l'acquisition lui a causées, *tels que frais et loyaux coûts du contrat*, et qui seraient pour lui, comme on dit, *une perte sèche*, après l'éviction (art. 1630).

Il faut certainement aussi que je lui rembourse toutes les réparations et améliorations utiles, qu'il aura faites au fonds, de même que l'augmentation accidentelle de valeur, que le fonds a pu acquérir depuis la vente (art. 1633, 1634).

Car ce sont bien là, en effet, des dommages-intérêts, qui ont un trait direct et prochain à la chose elle-même : *propter rem ipsam non habitam.*

Mais, dit l'acheteur évincé, et l'achalandage de mon

auberge! c'est bien aussi par l'éviction que je le perds; et vous me devez également, de ce chef, des dommages-intérêts!

Non pas! et nous voici précisément à la limite qui sépare les dommages-intérêts *intrinsèques et communs* des dommages-intérêts *extrinsèques et propres.*

« Dans un contrat de vente, dit Pothier, les parties ordinairement n'envisagent que les dommages-intérêts, qui concernent la chose vendue; *elles ne peuvent pas prévoir une infinité d'espèces de dommages, que l'éviction peut d'ailleurs causer à l'acheteur.* Par exemple, dans l'espèce proposée, le vendeur, qui m'a vendu, de bonne foi, la maison, n'a pu deviner que j'y établirais une auberge, ni par conséquent penser aux dommages, que me causerait, dans mon commerce d'aubergiste, l'éviction de cette maison; il ne doit donc pas en être tenu. » (*De la Vente,* n° 137.)

C'est que, en effet, ces dommages n'ont plus un trait direct, principal et prochain à la chose elle-même, taxativement, qui fait l'objet du contrat; et la raison, que donne Pothier, est excellente; on ne saurait admettre que le vendeur puisse prévoir et deviner, lors du contrat, les variétés infinies de l'emploi que l'acheteur, eu égard à sa position personnelle et particulière, pourra vouloir faire de ses capitaux, de son intelligence et de son temps, lors même que la chose vendue devrait y jouer un certain rôle!

Et c'est cette considération, qui peut expliquer aussi comment le vendeur de bonne foi n'est pas tenu d'indemniser l'acquéreur de ses impenses voluptuaires (art. 1635).

583. — Supposez encore que je vous ai vendu, pour 1000 francs, un cheval, livrable le 1er juin.

Et le 1er juin, à défaut par moi d'exécuter mon obligation, vous êtes dans la nécessité d'acheter un autre cheval, qui vous coûte 1200 francs, quoiqu'il ne soit

pas meilleur que celui que je m'étais engagé à vous livrer.

Je serai tenu, sans doute, de vous indemniser de cette différence de prix.

Mais si, pour avoir pas eu de cheval, précisément le 1er juin, vous n'avez pas pu vous trouver à une foire, où le cheval, promis par moi, devait vous conduire, je ne serai pas tenu de vous indemniser des bénéfices que vous auriez pu y faire et que vous avez manqués; car c'est là un dommage, en dehors de notre convention, et qui n'a pas un trait direct à la chose, qui en était l'objet.

« Le fait que l'acquéreur est une personne, qui devait « aller à une foire, est, dit très-bien Delvincourt, une « circonstance entièrement étrangère à la vente, et qui « ne doit pas empirer la condition du vendeur. » (T. II, p. 150, note 2; comp., Pothier, n° 161.)

584. — Soit un contrat de bail, au lieu d'un contrat de vente.

Notre principe recevra la même application « *mutatis mutandis*. »

J'ai loué à Paul ma maison, pour neuf ans, moyennant un loyer annuel de 6000 francs.

Et le voilà, par suite de l'éviction, que je souffre comme propriétaire, évincé lui-même comme locataire.

Il en résulte qu'il se trouve forcé : 1° de louer une autre maison, que, par l'effet du renchérissement des loyers, il ne peut obtenir que pour 8000 francs; 2° de faire un déménagement.

De ce double dommage, je serai certainement responsable! car il est bien relatif à la chose elle-même, qui a fait l'objet du contrat; et je devrai l'indemniser, en conséquence : 1° de la différence entre les loyers, qu'il m'aurait dus, et les loyers, qu'il devra à son nouveau bailleur; 2° des frais de son déménagement.

Mais je ne serais pas tenu des dommages, qu'il pour-

rait éprouver, dans un commerce, qu'il aurait établi, depuis le bail, dans la maison que je lui ai louée.

Pas plus que je ne serais tenu de la perte de ceux de ses meubles, qui auraient été brisés dans son démenagement.

Mais pourtant, dit le locataire, si mon démenagement n'avait pas eu lieu, mes meubles n'auraient pas été brisés; et c'est l'inexécution de l'obligation du bailleur, qui est la cause de mon démenagement!

Oui, de votre déménagement, mais non pas de la perte de vos meubles!

La perte de vos meubles provient de la maladresse ou de l'imprudence de ceux que vous en avez chargés; l'inexécution de l'obligation du bailleur n'en est que l'occasion, et non pas la cause; cette perte d'ailleurs ne vous atteint pas *intrinsecus*, dans la chose elle-même, qui a fait l'objet du contrat, mais dans vos autres biens, *extrinsecus* (Pothier, n° 161).

585. — Un capitaliste s'oblige à fournir à l'auteur d'une œuvre littéraire les fonds nécessaires pour l'exécuter.

Et, à défaut par lui de remplir son obligation, voilà l'auteur, qui se trouve forcé d'emprunter d'abord et de vendre ses immeubles ensuite, avec perte, pour rembourser l'emprunteur.

Le capitaliste est-il tenu de la perte que l'auteur a éprouvée sur la vente de ses immeubles?

La Cour de cassation a répondu affirmativement, par un arrêt motivé en des termes, qui mettent bien notre règle en relief :

« Attendu que la perte éprouvée par l'abbé Simonnet sur la vente de ses immeubles, a été le résultat de l'obligation où il s'est trouvé de les aliéner, pour rembourser les sommes qu'il avait empruntées à l'effet d'achever l'impression du Feller; — Que cet emprunt était devenu nécessaire par suite de l'inexécution de l'engagement pris par Sionest et Dieudonné, d'imprimer l'ouvrage dans un

délai déterminé; — Qu'ainsi, le dommage, mis à la charge de Dionest, *avait un rapport direct et prochain* avec l'inaccomplissement de l'obligation de celui-ci; — Que, de plus, les parties ont dû prévoir, lors du contrat, les sacrifices que serait obligé de faire Simonnet pour continuer l'impression de son œuvre, dans le cas où elle serait interrompue par la faute de ses associés.... » (3 févr. 1852, Sionest, Dev., 1852, I, 832.)

586. — Si le débiteur, auquel on ne reproche aucun dol, n'est tenu, le plus ordinairement, que des dommages-intérêts intrinsèques, qui ont un trait direct et prochain à la chose, qui fait l'objet du contrat, c'est, avons-nous dit, que, le plus ordinairement en effet, il ne peut être présumé avoir prévu ou pu prévoir que ceux-là (*supra*, n° 581).

Mais il est clair que le débiteur devrait être également tenu des dommages-intérêts extrinsèques, qui se rapportent aux autres biens du créancier, si l'on reconnaissait, en fait, qu'ils sont aussi de ceux qu'il a prévus ou pu prévoir

Les termes mêmes de l'article 1149, et la règle qu'ils consacrent, exigent cette seconde conséquence aussi impérieusement que la première.

Or il peut arriver que le débiteur se soit chargé, expressément ou tacitement, de la responsabilité des dommages-intérêts extrinsèques.

Supposez, que dans le contrat, par lequel j'ai loué ma maison à Paul, il y ait une clause expresse qui porte que c'est pour y établir une auberge.

Est-ce que je pourrai, si, deux ou trois ans après, mon locataire évincé me demande des dommages-intérêts pour l'achalandage perdu de son auberge, lui répondre que je n'ai pas pu prévoir, lors du contrat, ce dommage?

Certainement non! et il est évident, au contraire, que j'en serai tenu (comp. *supra*, n° 582; Pothier, n° 215).

587. — Il ne serait pas même nécessaire qu'il y eût une clause expresse dans le contrat de bail.

Il suffirait que j'eusse loué ma maison à Paul, dit Pothier, *en sa qualité de marchand*, (*loc. supra cit.*), c'est-à-dire connaissant son état et la destination que, de mon aveu et par mon consentement tacite, il allait donner à la maison louée.

Du moins, serait-ce là une question d'interprétation que les juges pourraient décider ainsi, d'après les circonstances du fait (comp. Colmet de Santerre, t. V n° 66 *bis*, II).

Aussi, ne faudrait-il pas, suivant nous, admettre absolument la solution que Delvincourt propose dans l'hypothèse suivante :

« Si la convention, dit-il, avait pour objet de me louer des voitures *pour enlever ma récolte*, et que l'inexécution de la convention ayant retardé l'enlèvement, un orage survenu ait détruit la récolte, je pense que c'est un dommage qui est une suite de l'inexécution, mais qui n'a pu être prévu, et que, en conséquence, il ne sera à la charge de l'autre partie qu'autant qu'elle serait *in dolo*. » (T. II, p. 745, note 2.)

Nous le pensons en effet, de même, mais en réservant aux juges le pouvoir d'apprécier, suivant les cas, si le débiteur, qui aurait promis des voitures *pour enlever la récolte*, ne se serait pas chargé des risques de la récolte elle-même.

588. — Voici encore des exemples bien choisis pour élucider notre règle : *selectiora quædam exempla*, disait Dumoulin, à qui nous les empruntons (n° 48).

J'ai acheté de Paul des bois pour étayer ma maison ou des tonneaux pour y placer mon cidre.

Et il arrive que, par la mauvaise qualité de ces bois ou de ces tonneaux, ma maison s'écroule ou que mon cidre est perdu!

Paul sera-t-il tenu, envers moi, des dommages-intérêts seulement *intrinsèques ?*

Ou sera-t-il aussi tenu des dommages-intérêts *extrinsèques ?*

Dans le premier cas, il ne me devrait que la restitution du prix et des frais occasionnés par la vente (art. 1646);

Dans le second cas, il me devrait, en outre, la valeur de ma maison détruite ou de mon cidre perdu.

La réponse est toujours dans notre règle :

En fait, Paul a-t-il prévu ou pu prévoir le dommage que, par la mauvaise qualité des étais ou des tonneaux, je me trouvais exposé à souffrir, *extrinsèquement*, dans mes autres biens ?

Il faudra, en général, répondre négativement :

1° Si Paul, quel qu'il soit, fabricant, marchand ou autre, m'a vendu les bois non pas comme des *étais* ou des *tonneaux*, mais uniquement *tanquam materia*, sans avoir en vue la destination spéciale à laquelle je me proposais de les appliquer... *Quia non vendidit tanquam vasa ad hunc usum idonea ;... sed indifferenter, non magis ad unum usum quam ad alium ;*

2° Si Paul m'ayant même vendu ces étais comme *étais*, ou ces tonneaux comme *tonneaux, ad certum usum*, n'était lui-même ni fabricant ni marchand, et me les avait vendus, par exemple, *tanquam hæres*, comme il aurait pu me vendre d'autres objets d'une succession à lui échue : *incidenter, ut res indifferentes.*

Paul ne sera pas tenu, dans ces cas, *de idoneitate*, sauf l'obligation où il pourrait être de me céder ses actions contre le fabricant ou le marchand, de qui il tiendrait les objets qu'il m'a vendus.

Mais la réponse devrait être différente, si Paul, au contraire, étant lui-même fabricant ou marchand, m'avait vendu ces étais ou ces tonneaux, en cette qualité de fabricant ou de marchand ; il serait alors tenu *de idoneitate*, et par suite de la ruine de ma maison ou de la perte de mon cidre; car sa profession ne lui permettrait pas d'alléguer qu'il n'a pas prévu ni pu prévoir la défectuosité des objets, qu'il a fabriqués ou qu'il a vendus. « *hoc periculum prævidetur et tacite suscipitur a sic vendente et locante.* » (Dumoulin, n°s 50-55.)

Et Pothier ajoute :

« *Qui artem profitetur, peritiam quoque profitetur....* »

« *Imperitia culpæ annumeratur.* » (L. 132, ff. *de Reg. juris.*)

« Par la profession publique, qu'il fait de son commerce, il se rend responsable de la bonté des marchandises, qu'il débite pour l'usage auquel elles sont destinées; s'il est fabricant, il ne doit employer, pour les fabriquer, que de bons ouvriers, du fait desquels il répond; s'il n'est pas fabricant, il ne doit exposer en vente que de bonnes marchandises; il doit s'y connaître. (*Des Obligations*, n° 163; *de la Vente*, n° 214.)

589. — Il est bien entendu toutefois que le débiteur ne peut être responsable que du risque dont il s'est chargé.

Ce fabricant m'a vendu des étais pour soutenir une petite maison, *domusculam;* je les emploie à soutenir une autre maison plus considérable.... *domui majori!* et cette maison s'écroule par suite de la mauvaise qualité des étais.

Qu'il ne soit pas tenu de mes dommages-intérêts, jusqu'à concurrence de la valeur de la maison écroulée, cela est d'évidence!

Mais n'en sera-t-il pas tenu du moins jusqu'à concurrence de la valeur de l'autre maison, s'il est constaté que les étais n'auraient pas même pu soutenir celle-ci?

Ou encore, si j'ai mis du vin dans les tonneaux, qu'un fabricant m'a vendus pour y mettre du cidre, et que le vin ait été perdu par la mauvaise qualité des tonneaux, ce fabricant ne sera-t-il pas du moins responsable jusqu'à concurrence de la valeur du cidre, qui se serait aussi perdu dans ces tonneaux?

Dumoulin répondait affirmativement, par ce motif que si la faute de l'acheteur ne doit pas aggraver l'obligation du vendeur, elle ne doit pas non plus avoir pour résultat de l'en affranchir :

« *Quemadmodum, ob culpam emptoris, non debet obligatio aggravari, ita, ob culpam emptoris, non purgatur culpa venditoris.* » (Nos 61, 62.)

Cette doctrine était aussi celle de Pothier. (*Des Obligations*, n° 163; *de la Vente*, n° 215.)

Et d'éminents auteurs l'enseignent encore dans notre Droit moderne. (Comp. Troplong, *de la Vente*, t. II, n° 574; Larombière, t. I, art. 1150, n° 5.)

Mais elle ne nous paraît pas sûre; et notre avis est, au contraire, qu'il n'y aurait lieu, dans ce cas, contre le vendeur des étais ou des tonneaux, qu'à l'action rédhibitoire (L. 13, ff. *de Act. empt. et vend.*), et qu'il ne serait tenu d'aucuns dommages-intérêts extrinsèques, même seulement jusqu'à concurrence de la valeur, soit de la petite maison, soit du cidre :

1° Parce que, en droit, le vendeur ne s'était chargé que d'un certain risque, prévu et défini, auquel l'acheteur n'a pas pu, par son fait, substituer un risque différent;

2° Parce que, en fait, la solution contraire deviendrait une source de difficultés presque insolubles; comment prouver, en effet, que ces étais n'auraient pas suffi à soutenir la maison, pour laquelle le vendeur les avait livrés? et ne serait-il pas injuste qu'il se trouvât soumis, par la faute de l'acheteur, aux incertitudes et à l'arbitraire d'une telle appréciation?

C'est en ce sens que Duranton a écrit, très-justement, que *cette solution ne repose que sur une abstraction.* (Comp. t. X, n° 479.)

590. — Mais supposons que l'acheteur n'a pas changé la nature du risque, dont le marchand s'est chargé.

J'ai employé, en effet, les étais à soutenir la maison même, pour le soutien de laquelle vous me les avez livrés.

Et la maison s'écroule par suite du vice des étais!

Que le vendeur soit responsable de la ruine de la maison elle-même.... *corporis ipsius ædificii*, dit Dumoulin, cela est bien entendu.

Mais sera-t-il responsable de la perte des meubles, qui s'y trouvaient, et qui se sont brisés dans cet écroulement?

Non, si l'on reconnaît que les travaux de réparation étaient tels, que le propriétaire aurait dû déménager ses meubles, pendant cette opération : car, d'une part, le vendeur, loin d'avoir consenti à se charger du risque des meubles, a dû prévoir, au contraire, que ces meubles seraient enlevés; et c'est la faute de l'acheteur de les avoir laissés dans cette maison, pour ainsi dire, chancelante.... *ruinosa, in qua inædificatur vel fulcitur.*

Le vendeur des étais ne sera pas, disons-nous, responsable de la perte des meubles;

A la différence de l'architecte ou de l'entrepreneur, avec lequel j'aurais fait marché pour me construire une maison, et qui serait, au contraire, responsable de la perte des meubles, si la maison s'écroulait par un vice de construction; car, il a pu prévoir, lui! que l'on placerait des meubles, dans cette maison, pour l'habiter! (An. 1792; comp. Dumoulin, nos 63, 64; et Pothier, n° 163.)

Ces deux solutions contraires se fortifient réciproquement, par le contraste même du fait, qui les différencie!

591. — Les exemples, que nous venons de présenter, pourront servir à discerner, dans l'application, les dommages, que le débiteur a prévus ou pu prévoir, et dont il répond envers le créancier, d'avec ceux qu'il n'a pas pu prévoir et dont il ne répond pas.

Mais une thèse nous reste encore à résoudre sur l'hypothèse que nous examinons, et dans laquelle ce n'est point par le dol du débiteur que l'obligation n'est pas exécutée; thèse importante et délicate, à savoir :

Si cette distinction des dommages prévus et des dommages imprévus, s'applique seulement à l'origine et à la cause, d'où ils procèdent?

Ou, si elle s'applique, en outre, à l'importance et à la quotité de ces dommages?

En d'autres termes, lorsque le débiteur se trouve tenu d'une obligation de dommages-intérêts envers le créancier, en vertu d'une cause qu'il a prévue ou pu prévoir, est-il recevable à demander la réduction du chiffre, auquel ces dommages-intérêts s'élèvent, en soutenant que, s'il a pu en prévoir la cause, il n'a pas pu en prévoir la quotité?

L'affirmative paraît avoir été admise, dans les législations antérieures, soit en droit romain, soit dans notre droit français.

Telle est bien, en effet, la doctrine de Paul.

« Plane, si *in* tantum pretium excedisse proponas, « *ut non sit cogitatem a venditore de tantâ summâ,... ini-* « *quum videtur in magnam quantitatem obligari vendi-* « *torem.* » (L. 43, ff. *De act. empt. et vend.*)

Et l'on sait que la Constitution de Justinien (Code : *De sententiis, quæ pro eo quod interest*), avait précisément pour but de fixer une limite à la quotité de dommages-intérêts ; l'empereur, en effet, décide, que les dommages-intérêts ne pourront pas excéder le double de la valeur de la chose principale, qui faisait l'objet de l'obligation, la valeur de cette chose comprise ; décision qui ne pouvait s'appliquer, bien entendu, que dans les cas où le contrat avait pour objet une chose déterminée, dont la valeur pouvait fournir la mesure exacte du dommage éprouvé par le créancier.... *in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam;* d'où vint même la difficile et obscure distinction des *casus certi* et des *casus incerti,* longuement traitée par Dumoulin (nos 21 et suiv.).

592. — Nous trouvons la même doctrine dans notre ancien droit, plus nette encore et plus générale ; Pothier, qui résume la théorie fondée par Dumoulin, l'enseigne formellement, en l'appliquant, de la même manière, soit aux dommages-intérêts intrinsèques, qui se rapportent à la chose qui fait l'objet du contrat, soit aux dommages-intérêts extrinsèques, qui se rapportent aux autres biens du créancier.

L'excellent auteur pose, d'abord, la règle en ces termes :

« A l'égard des dommages-intérêts, dont est tenu un débiteur, faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que, *quand les dommages-intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération.* »

Et de cette règle il fait une double application : d'abord, aux dommages-intérêts intrinsèques ; ensuite, aux dommages-intérêts extrinsèques.

« .... J'ai acheté, dit-il, pour le prix de quatre mille livres une maison de vignes, dans une province éloignée; lors de mon acquisition, le vin, qui fait tout le prix de cet héritage, était à très-vil prix, parce qu'il n'y avait alors aucun moyen de l'exporter; depuis mon acquisition, le roi a fait faire un canal, qui en procure l'exportation, et qui en fait monter le prix au quadruple et plus; ce qui a porté la valeur de mon héritage, qui n'était que de quatre mille livres, à plus de seize mille livres. Il est évident que, si je viens à être évincé de cet héritage, mes dommages-intérêts, résultant de cette éviction, qui ne sont autre chose que *id quanti mihi hodie interest hunc fundum habere licere*, montent, dans la vérité, à plus de seize mille livres. »

Et, après avoir remarqué que, d'après la loi de Justinien, le vendeur, qui m'a vendu de bonne foi cet héritage, ne devrait pas être condamné, envers moi, à une plus grande somme qu'à huit mille livres, la restitution du prix de quatre mille livres comprise, Pothier ajoute :

« Cette loi de Justinien, en tant qu'elle borne la modération des dommages-intérêts excessifs précisément au double de la valeur de la chose, est, en cela, une loi arbitraire, qui n'a pas autorité dans nos provinces. Mais le principe sur lequel elle est fondée, qui ne permet pas qu'un débiteur, à qui on ne peut reprocher aucun dol, soit tenu des dommages-intérêts résultant de l'inexécu-

tion de son obligation, *au delà de la somme à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient s'élever au plus haut*, étant un principe fondé dans la raison et l'équité naturelle, nous devons le suivre et modérer, conformément à ce principe, les dommages-intérêts, lorsqu'ils se trouvent excessifs, en laissant cette modération à l'arbitrage du juge. » (*Des Obligations*, n° 163; *de la Vente*, n° 133.)

Voilà pour les dommages-intérêts *intrinsèques*.

Quant aux dommages-intérêts *extrinsèques*, Pothier y applique aussi sa doctrine :

« Même à l'égard des dommages-interêts extrinsèques, dit-il, on doit user de modération, lorsqu'ils se trouvent excessifs; et l'on ne doit pas condamner le débiteur *au delà de la somme à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient s'élever au plus haut*. Par exemple, si j'ai mis, dans un tonneau, un vin étranger ou une autre liqueur d'un prix immense, qui est perdu par le vice du tonneau, le tonnelier, qui me l'a vendu, ne doit pas être condamné à m'indemniser de cette perte en entier, mais seulement jusqu'à concurrence du prix d'un tonneau du meilleur vin du pays; car, en me vendant le tonneau, il n'a pu entendre se charger d'autre risque, n'ayant pu prévoir que j'y mettrais une liqueur d'un prix plus considérable. Par la même raison, l'entrepreneur de ma maison, qui s'est écroulée par le vice de la construction, est bien tenu, envers moi, de la perte des meubles, qui se sont perdus ou brisés sous les ruines; mais s'il s'était perdu des pierreries ou des manuscrits d'un prix immense, il ne devrait pas être chargé, en entier, de cette perte; il est tenu seulement jusqu'à concurrence du prix auquel peuvent ordinairement monter les meubles d'une personne de mon état. » (N° 165.)

Telles sont les traditions anciennes.

593. — Et maintenant, quelle doit être la solution, sous l'empire de notre Code?

Une première opinion, très-accréditée, répond que

notre Code a reproduit purement et simplement les règles de l'ancien droit; et ses arguments sont d'une gravité, que nous ne voulons pas méconnaître :

1° Il est certain, dit-elle, que le législateur de 1804 a presque partout, dans ce titre *des Obligations*, consacré les doctrines, que Pothier enseignait d'après Dumoulin.

Or, on doit d'autant plus penser qu'il a suivi, en effet, ce guide excellent, dans la matière des dommages-intérêts, que la doctrine, enseignée par lui, est conforme aux principes du droit et à l'équité.

2° Elle est conforme aux principes du droit; car la cause de l'obligation des dommages-intérêts, dans le cas où l'on ne reproche aucun dol au débiteur, ne dérivant que de son consentement, on ne peut, logiquement, le rendre responsable que jusqu'à concurrence de la somme, à laquelle il a pu prévoir qu'ils s'élèveraient, puisque ce n'est que jusqu'à concurrence de cette somme qu'il peut êre présumé y avoir consenti.

Comment! je vous ai vendu un immeuble 100 000 fr.; et, lorsque vous êtes évincé, cet immeuble valant 800 000 fr., par suite d'une augmentation extraordinaire et exceptionnelle, comme le percement d'un canal, ou l'établissement d'une ville, qu'aucune cause quelconque, politique, administrative ou économique, ne pouvait me faire soupçonner, lors de la vente, vous prétendez qu'il faut que je vous paye, à titre de dommages-intérêts, la somme de 700 000 fr., en sus du prix que j'ai reçu!

Mais, de bonne foi, pouvez-vous prétendre que j'ai consenti à courir un risque pareil? et croyez-vous que j'aurais signé la convention, si elle avait renfermé expressément une telle clause de garantie?

Non, sans doute!

Donc, je ne puis pas être obligé de payer la totalité de cette somme, puisqu'il est reconnu que je n'y ai pas consenti!

3° Est-il besoin, après cet exemple, d'établir que cette doctrine est aussi conforme à l'équité ?

C'est l'équité, en effet, qui avait inspiré la Constitution que Justinien motivait par des considérations pleines à la fois d'humanité et de sens pratique : « *ne, dum* « *in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibi-* « *litate cadat, cum sciamus esse naturæ congruum eas* « *tantum modo pœnas exigi, quæ vel cum competenti* « *moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ* « *statuuntur....* »

Il faut donc une mesure ! il faut une limite à ces prétentions immenses, *in odium immensitatis*, disait Dumoulin (n° 60); car elles pourraient entraîner, contre toute raison et toute équité, la ruine entière du débiteur ! (Comp. Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 369 ; Marcadé, t. VI, art. 1625, n° V.)

594. — Si pressante que cette argumentation puisse paraître, nous ne croyons pas devoir l'admettre; et notre avis est, au contraire, que, sous l'empire du Code, il faut poser, en principe, que la distinction entre les dommages-intérêts prévus et les dommages-intérêts imprévus, concerne seulement *la cause et l'objet* de ces dommages, et qu'elle est étrangère à *leur importance et leur quotité.*

Telle est notre thèse; nous allons entreprendre de la justifier, en l'appliquant successivement, aux dommages-intérêts intrinsèques et aux dommages-intérêts extrinsèques.

Mais nous ferons d'abord une observation, qui ne nous paraît pas sans importance.

C'est que notre Code, tout en consacrant la doctrine de Pothier sur les dommages-intérêts, n'a pas reproduit la limitation, très-grave pourtant, que cet auteur y apportait, et sur laquelle il fournissait de longs développements, dans son *Traité des Obligations*, en la rappelant encore dans son *Traité du Contrat de vente.*

Bien plus! les législateurs de 1804 ont supprimé, dans la rédaction définitive, l'article 47 du projet de l'an VIII (de la Commission du gouvernement), qui reproduisait le principe de cette limitation, presque textuellement dans les mêmes termes que Pothier avait employés.

Article 47 : « Le juge doit toujours taxer les dommages-intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point dol de la part du débiteur. » (Fenet, t. II, p. 166, et t. XIII, p. 233; comp. Pothier, nº 164.)

Cet article, disons-nous, a été supprimé; et l'article 1149 a été seul décrété, avec la généralité de sa disposition, d'où il résulte que le créancier doit être indemnisé *de la perte, qu'il a faite, et du gain dont il a été privé*.

Il est vrai que, d'après l'article 1150, cette indemnité ne doit s'entendre que de la perte ou du gain, *qui ont été prévus ou que l'on a pu prévoir, lors du contrat.*

Mais cette disposition, telle qu'elle est consacrée par notre Code, sans la restriction, par laquelle Pothier l'avait limitée, s'applique à la cause et à l'objet de ces dommages-intérêts, et non point à leur quotité et à leur chiffre.

La cause, en effet, et l'objet des dommages-intérêts, on peut bien les prévoir; il y a là une base appréciable.

Mais en prévoir la quotité et le chiffre, c'est presque toujours impossible!

Et puis, et surtout, quel est, en définitive, le résultat de cette doctrine, qui pose, en règle générale, que les juges peuvent réduire le chiffre des dommages-intérêts, par le motif que le débiteur n'aurait pas prévu ou pu prévoir qu'ils s'éleveraient à ce chiffre?

Le résultat, c'est une atteinte manifeste au droit du créancier, pour lequel cette indemnité réduite ne représente plus le préjudice, que lui cause l'inexécution de la convention! c'est l'abandon, plutôt la négation du prin-

cipe même des dommages-interêts; c'est, en un mot, la violation de la convention elle-même! car, le débiteur s'est obligé à exécuter la convention, soit *spécifiquement* telle qu'il l'a consentie, soit par équivalent, au moyen d'une indemnité pécuniaire, qui doit évidemment, pour être l'équivalent de l'exécution de la convention, placer le créancier au même état que si cette exécution avait eu lieu.

Appliquons maintenant cette doctrine aux deux espèces de dommages-intérêts.

595. — Et d'abord, aux dommages-interêts intrinsèques.

Paul a vendu à Pierre un immeuble 100 000 fr.

Et, lorsque Pierre en est évincé dix ou quinze ans après, l'immeuble vaut 400 000 fr, par suite d'un événement extraordinaire, qu'aucune circonstance ne pouvait lui faire prévoir, lors de la vente.

Nous soutenons que Paul, le vendeur, est tenu de payer à Pierre, l'acheteur à titre de dommages-intérêts, tout le montant de cette plus-value, savoir : 300 000 fr. en sus du prix de 100 000 fr. qu'il a reçu, et qu'il ne saurait prétendre qu'il n'a pas pu prévoir, lors du contrat, que son obligation de dommages-intérêts s'élèverait jamais à ce chiffre :

1° Le texte même nous paraît d'abord formel.

L'article 1633 est, en effet, ainsi conçu :

« Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix, « à l'époque de l'éviction, indépendamment même du « fait de l'acquéreur, *le vendeur est tenu de lui payer ce « qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente.* »

Il ne suffirait donc pas à l'acquéreur d'offrir, à titre de dommages-intérêts, 100 000 fr. ou même 200 000 fr., en prétendant que c'est là le *maximum* de la plus-value, qu'il a pu prévoir,

L'acquéreur est tenu de payer *ce que la chose vaut au-dessus du prix de la vente*; donc, il est tenu de payer, dans notre exemple, la somme entière de 300 000 fr.

En vain l'on objecte que cet article 1633 n'est lui-même qu'une conséquence de la règle posée dans l'article 1150; qu'il doit s'entendre seulement des cas ordinaires, *de eo quod plerumque;* qu'il ne fait pas obstacle à l'application de l'article 1150, dans les cas extraordinaires; et que la preuve en est dans l'article 1639, qui se réfère expressément *aux règles établies au titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.*

La réponse est facile.

D'abord, l'argument, que l'on déduit de l'article 1639, se retourne contre cette objection; car le renvoi, fait par cet article, ne s'applique qu'aux AUTRES QUESTIONS, *auxquelles peuvent donner lieu les dommages-intérêts résultant, pour l'acquéreur, de l'inexécution de la vente;* d'où il suit que l'article 1639 ne s'applique pas aux questions résolues dans le titre même de la vente, ni par conséquent, à la question résolue par l'article 1633.

Et puis, c'est aussi méconnaître le texte même de la loi, que de ne voir, dans une formule aussi nette que celle de l'article 1633, qu'une disposition simplement énonciative, qui laisserait aux magistrats un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation des dommages-intérêts dus par le vendeur; ajoutez que la combinaison des articles 1633-1634 avec l'article 1635 prouve, de plus en plus, que les rédacteurs n'ont pas perdu de vue la différence, qui a toujours été faite et qu'ils ont eux-mêmes conservée, entre le vendeur de bonne foi et le vendeur de mauvaise foi, et que c'est bien au vendeur de bonne foi qu'ils appliquent l'article 1633, par opposition à l'article 1635, qu'ils n'appliquent qu'au vendeur de mauvaise foi. Nous avons déjà remarqué enfin que cette formule de l'article 1633 est d'autant plus significative, qu'elle contraste fortement avec la doctrine de Pothier, qui, dans toutes ses œuvres, ajoutait à l'obligation des dommages-intérêts, dont l'acheteur est tenu, cette grave restriction, que notre Code a supprimée.

Il est donc incontestable que, d'après l'article 1633, les dommages-intérêts dus par le vendeur à l'acheteur sont de tout ce que la chose vaut au-dessus du prix de la vente.

C'est bien là aussi ce que reconnaissent quelques-uns des dissidents; mais ils prétendent que l'article 1633 est une disposition particulière, *qui a dérogé, pour le cas spécial, dont il s'occupe, à la règle générale posée par l'article* 1150. (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 266, 267.)

Nous ne le croyons pas ainsi; et, loin de considérer que l'article 1633 déroge à l'article 1150, nous tenons, au contraire, qu'il ne fait lui-même que consacrer la règle qui gouverne l'appréciation des dommages-intérêts *intrinsèques*.

Supposons, en effet, un bail au lieu d'une vente.

Paul a loué à Pierre une maison pour 10 000 fr., pendant trente ans.

Et, lorsque Pierre est évincé comme locataire, cinq ans après, il ne peut trouver à louer une maison semblable que pour 25 000 francs par an, parce que les loyers ont subi une augmentation extraordinaire, par suite de circonstances, qu'aucun indice ne pouvait faire prévoir au bailleur, lors du contrat.

Eh bien! nous disons, du bailleur comme du vendeur, qu'il sera tenu d'indemniser le preneur de toute la différence entre le loyer du bail, qu'il avait fait, et le loyer du nouveau bail que le preneur a été obligé de consentir, à savoir : de 15 000 francs par an, pour toute la durée du bail qui restait à courir.

Et nous ne saurions admettre que les juges aient le pouvoir de réduire ce chiffre.

Où serait, en effet, la raison de la différence, que l'on voudrait faire entre le vendeur et le bailleur?

Pour l'un comme pour l'autre, au contraire, la raison est absolument la même!

Et nous l'avons déjà fournie.

C'est que l'obligation des dommages-intérêts intrinsèques, qui ont immédiatement pour cause la chose, qui fait l'objet du contrat, apparaît comme la conséquence directe et nécessaire du contrat lui-même ! et refuser au créancier le droit d'obtenir en entier l'indemnité pécuniaire qui doit tenir lieu, pour lui, de l'exécution du contrat, c'est, en réalité, délier le débiteur de l'obligation, qu'il a contractée, de fournir cette exécution ; c'est détruire, en partie, le contrat lui-même !

Nous ajoutons que les dommages-intérêts intrinsèques ont ce caractère qu'ils sont *communs*, comme nous les avons appelés d'après la terminologie ancienne (*supra*, n° 581) ; c'est-à-dire qu'ils sont impersonnels et absolus, les mêmes nécessairement pour toute personne, qui aurait contracté dans les mêmes conditions ; motif de plus pour que le débiteur ne soit pas recevable à prétendre qu'ils sont en dehors de la convention !

3° Enfin, quant aux considerations d'équité, que l'on invoque contre notre doctrine, il nous paraît certain qu'on les exagère ; et nous y ferons deux réponses :

La première, c'est que ces accroissements considérables de valeur, qui pourront survenir dans la chose qui fait l'objet du contrat, seront, dans la société moderne, bien moins extraordinaires et exceptionnels, qu'ils ne pouvaient l'être, dans l'ancienne société française ; il ne faut pas être aujourd'hui fort avisé souvent, pour prévoir de très-grandes augmentations de valeur sur certains biens ; et peut-être que le créancier qui demande, après l'éviction, des dommages-intérêts pour la chose qui lui échappe, avait précisément, lors du contrat, la prévision des heureuses chances, qui devaient lui procurer une plus-value considérable.

Notre seconde réponse, c'est que la doctrine contraire, pour garantir le débiteur, dans certains cas exceptionnels, contre une condamnation qui pourrait paraître excessive, introduit une règle générale, très-dangereuse, et qui

est, suivant nous, contraire elle-même à la véritable équité, à l'équité juridique! (Comp. notre *Traité de la Publication, des Effets, et de l'Application des lois en général*, etc., n° 116.)

Ce que veut l'équité véritable et juridique, c'est que le créancier soit indemnisé de la perte qu'il éprouve comme du gain qu'il manque, et sur lequel il devait compter, d'après le contrat qu'il avait fait.

« *Lorsqu'il est réellement dû des dommages-intérêts au* « *créancier*, disait M. Bigot-Préameneu, *il ne faut pas que,* « *contre l'équité, on puisse induire de la loi que sa cause est* « *défavorable.* » (Fenet, t. XIII, p. 233.)

Voilà pourquoi notre Code, à la différence de la doctrine ancienne, n'a pas permis aux juges de réduire la clause pénale convenue entre les parties, lors même que le débiteur demanderait à prouver qu'elle est excessive; la doctrine ancienne permettait, en effet, formellement cette réduction; notre Code, au contraire, l'a formellement défendue (art. 1152, comp. *infra*, n° 667).

Cette différence n'est-elle pas significative!

Mais pourtant, s'écrie-t-on, supposez un chiffre énorme, immense, qui serait la ruine certaine et totale du débiteur! Cet immeuble que Paul a vendu cent mille francs, il y a vingt ans, le voilà qui vaut aujourd'hui, un million, deux millions!

Le condamnerez-vous donc à payer un million ou deux millions?

Nous n'abandonnerons pas le principe, même en présence de cette hypothèse extrême; et notre réponse sera que telle est, en effet, l'obligation du débiteur.

Et s'il arrive, (comme nous ne nous dissimulons pas qu'il pourrait bien arriver, en cas pareil) que les juges modèrent le chiffre des dommages-intérêts, ce sera là une de *ces défaillances*, ou, si l'on veut, une *de ces heureuses violences*, auxquelles *le droit* est quelquefois exposé dans ses rapports avec *le fait*... (*heureuses violences*...,

c'est le mot d'un ancien magistrat de la Cour de cassation, cité par l'un de ses savants collègues, M. Pont, *des Petits contrats*, n° 287.)

Mais nous ne voulons pas, en légitimant ces défaillances, introduire, dans notre matière, un principe dont Toullier a pu dire *qu'il retomberait dans l'arbitraire le plus absolu*, puisque, dans toutes les affaires relatives aux dommages-intérêts, le débiteur pourrait soutenir qu'il n'a pas prévu ou pu prévoir à quel chiffre ils s'élèveraient, et qu'il dépendrait des magistrats de refuser au créancier l'indemnité entière à laquelle il avait droit, lors même qu'elle ne serait pas excessive, par le motif que le débiteur n'aurait pas pu la prévoir!

Cela ne saurait être.

Nous concluons donc que, relativement aux dommages-intérêts *intrinsèques*, les juges n'ont pas ce pouvoir, et qu'ils doivent condamner le débiteur à la réparation complète de la perte que le créancier a éprouvée, et du gain qu'il a manqué de faire. (Comp. Toullier, t. III, n° 285; Duranton, t. XVI, n° 295; Colmet de Santerre, t. V, n° 66 *bis*, III et IV; Larombière, t. I, art. 1150, n° 10; Troplong, qui, toutefois, ne paraît pas très-ferme dans cette doctrine, *de la Vente*, t. I, n° 507.)

596. — Rigoureusement peut-être, la même doctrine devrait être appliquée aux dommages-intérêts extrinsèques.

Pierre, entrepreneur, a construit une maison pour Paul; et la maison s'écroule par vice de construction; c'est l'un des exemples de Pothier (*supra*, n° 592).

Pourquoi l'entrepreneur, responsable de la perte des meubles qui ont été brisés dans la chute, n'en devrait-il pas, en effet, toute la valeur, sans être recevable à prétendre qu'il n'a pas pu prévoir qu'elle s'élèverait si haut? Est-ce que cette valeur, si considérable, relativement, qu'on la suppose, ne représente pas la perte effective, que le propriétaire a éprouvée; cette perte, que les dom-

mages-intérêts ont précisément pour but de réparer? Et si ce propriétaire avait loué sa maison à un marchand d'objets d'art d'une grande valeur, se pourrait-il qu'il fût responsable de la totalité de la perte envers son locataire, sans que l'entrepreneur fût responsable de la totalité de cette perte envers lui?

Nous croyons, toutefois, que la doctrine, que nous présentons, n'entraîne pas cette conséquence, et que l'on peut soutenir, tout en y demeurant fidèle, que l'entrepreneur serait responsable seulement jusqu'à concurrence de la valeur à laquelle il aurait pu prévoir, d'après les circonstances, que pouvaient s'élever les meubles du propriétaire avec lequel il a traité.

C'est qu'il ne s'agit pas ici, à vrai dire, de la quotité des dommages-intérêts; il s'agit de leur cause même et de leur objet.

L'entrepreneur, en construisant la maison, s'est obligé à répondre de la valeur des meubles, qui seraient brisés dans sa chute.

Mais de quels meubles?

C'est précisément la question!

Ces meubles étaient en dehors de la convention, *extrinsecus;* ils n'en étaient pas l'objet; et ce n'est pas spécifiquement, sur tels meubles plutôt que sur tels autres, que son obligation a porté; son obligation n'a pu porter, en conséquence, que sur les meubles, dont il pouvait prévoir, d'après les vraisemblances et les probabilités, lors du contrat, que la maison serait garnie. Si c'est un hôtel splendide, qu'il a construit pour un riche capitaliste, il aura certainement pu prévoir que sa construction allait recevoir aussi un splendide mobilier; mais telle n'aura pas pu être sa prévision, si c'est une maison modeste, qu'il a construite pour un petit rentier!

Et ceci nous rappelle encore la distinction des dommages-intérêts extrinsèques, qui sont *propres*, à la diffé-

rence des dommages-intérêts intrinsèques, qui sont *communs* (*voy.* n° 581); c'est, en effet, parce qu'ils sont *propres*, c'est-à-dire personnels et relatifs, qu'ils ne sauraient être invariablement les mêmes pour toute personne, et qu'ils se trouvent, au contraire, subordonnés dans leur objet même, et par suite dans leur cause, aux circonstances particulières du fait (comp. notre *Traité des Servitudes ou Services fonciers*, t. I, n°s 405, 406).

C'est ainsi que l'on décide généralement que les aubergistes ou hôteliers ne sont pas toujours responsables de toute la valeur des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux, et qu'ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de la valeur des effets dont ils ont pu raisonnablement s'attendre à être responsables, *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait* (art. 1347, 1952); du moins lorsque les détournements ou soustractions n'ont pas été commis par leurs domestiques ou préposés, dont ils doivent répondre comme d'eux-mêmes (comp. Paris, 21 nov. 1836, D., 1837, II, 4; Cass., 11 mai 1846, Harris, Dev., 1846, I, 364; Rouen, 4 févr. 1847, Leroux, Dev., 1848, II, 452; Toullier, t. III, n°s 287; Duranton, t. XIII, n° 366; Troplong, *du Dépôt*, n°s 219 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 117; Larombière, t. I, art. 1150, n° 9; Pont, *des Petits contrats*, art. 1952, n° 531).

597. — Les développements, que nous venons de fournir, ont suffisamment justifié la proposition, que nous avons exprimée plus haut, à savoir : que la détermination des dommages-intérêts n'est pas absolument, comme on le dit quelquefois, une pure question de fait, sur laquelle la décision des magistrats soit toujours souveraine et à l'abri de la cassation.

Il en est ainsi sans doute, lorsqu'il ne s'agit que d'évaluer le dommage effectif que le créancier a éprouvé; nous ajoutons nous-même que, dans cette évaluation, les magistrats doivent montrer, comme ils n'y manquent pas,

la modération et l'équité, qui sont, en ces sortes d'affaires surtout, les plus sûrs garants d'une bonne justice! et il est naturel aussi qu'ils soient plus réservés dans l'évaluation du gain que le créancier a manqué de faire, *lucrum cessans*, que dans l'évaluation de la perte qu'il a éprouvée, *damnum emergens*.

Tout cela est vrai!

Mais ce qui ne l'est pas moins, c'est que les questions de dommages-intérêts deviennent, au contraire, de vraies questions de droit, dès qu'il ne s'agit plus de l'évaluation du dommage que le créancier a éprouvé; c'est ainsi que la Cour suprême devrait, suivant nous, casser une décision judiciaire qui, après avoir évalué le dommage intrinsèque éprouvé par le créancier, *propter rem ipsam non habitam*, aurait jugé que le débiteur n'est pas tenu d'indemniser le créancier de tout le montant de cette évaluation, par le motif qu'il n'aurait pas pu le prévoir, lors du contrat (comp. *supra*, n° 595).

598. — *B*. Nous arrivons à la seconde hypothèse, que nous avons annoncée (*supra*, n° 577), dans laquelle l'inexécution de l'obligation résulte du dol du débiteur.

L'article 1151 la décide en ces termes :

« Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. »

Quelle est, ici, la cause de l'obligation des dommages-intérêts?

Ce n'est plus, comme dans la première hypothèse, une clause tacite et subsidiaire de la convention; car il n'est pas possible de supposer une clause par laquelle les parties, prévoyant le dol de l'une d'elles, auraient voulu restreindre la responsabilité qui devait résulter de son acte frauduleux.

C'est donc du dol lui-même que procède l'obligation d'en réparer les suites ; et M. Bigot-Préameneu exprimait très-bien cette cause, dans l'*Exposé des motifs*, en disant que *le dol établit, contre celui qui le commet, une nouvelle obligation, différente de celle du contrat* (Locré, t. XII, p. 330); obligation nouvelle, en effet, indépendante du consentement du débiteur, et par laquelle il est tenu, *velit nolit*, de réparer tout le dommage, qu'il a causé au créancier par suite de l'inexécution de son obligation.

Mais si le débiteur est obligé de réparer tout le dommage qu'il a causé, il ne peut évidemment être obligé de réparer que le dommage qu'il a causé ;

Tout ce dommage, sans doute ;

Mais rien que ce dommage!

Cette double proposition fournit la mesure exacte de sa responsabilité.

De la première, il résulte que le débiteur est tenu, *indistinctement*, dit Pothier (n° 166) : 1° non-seulement des dommages *prévus*, mais encore des dommages *imprévus;* 2° non-seulement des dommages *intrinsèques,* que le créancier éprouve relativement à la chose, qui fait l'objet du contrat, mais encore des dommages *extrinsèques*, qu'il éprouve dans ses autres biens.

Et de la seconde proposition, il résulte que le débiteur n'est pas tenu des dommages qui, ne procédant pas de l'inexécution de son obligation, ne lui sont pas imputables ; car, si sévère que l'on doive se montrer envers le débiteur qui a commis un dol, il est manifeste qu'on ne peut le rendre responsable que du dommage dont il est vraiment lui-même l'auteur!

599. — Le principe, ainsi formulé théoriquement, est de toute évidence.

Mais la formule, si nous la laissions dans ces termes, ne suffirait pas à bien mettre en relief la distinction nouvelle, qu'il nous faut faire entre les dommages, qui sont

imputables au débiteur et les dommages qui ne lui sont pas *imputables*.

Or, cette distinction est fort délicate, beaucoup plus encore même peut être que les autres distinctions, que nous avons dû faire entre les dommages *prévus* et les dommages *imprévus*, entre les dommages *intrinsèques* et les dommages *extrinsèques*.

Tout se tient, en effet, dans l'ordre des faits humains; les uns, en succédant aux autres, n'en sont le plus souvent que la continuation et le développement; en sorte que le fait, même le plus proche, semble procéder lui-même du fait le plus lointain, au moyen de cet enchaînement, qui les relie tous ensemble, par une filiation non interrompue, dans la même cause primordiale!

Cette observation est particulièrement applicable à notre matière de dommages-intérêts.

Un premier dommage éprouvé en entraîne un second; un second en entraîne un troisième, et même presque toujours plus grave que le second; et ainsi de suite, quelquefois jusqu'à la ruine totale du créancier.

Dira-t-on que ces dommages, dans leur série successive, procédant les uns des autres, ont ainsi pour cause le premier dommage, dont les dommages subséquents ne sont eux-mêmes que des conséquences, puisque, sans le premier, les autres ne seraient pas arrivés?

Mais à raisonner ainsi, et en se laissant entraîner dans cet *engrenage* de conséquences, on ne méconnaîtrait pas seulement la vérité philosophique des choses; on serait entraîné, en effet, *à perte de vue!* et on aboutirait à des responsabilités exorbitantes, hors de toute proportion avec la cause véritable de l'imputabilité, que le débiteur avait encourue par son dol.

Il faut donc marquer un point d'arrêt. Il faut poser une limite; et voilà précisément ce que fait notre article 1151, lorsqu'il dispose que les dommages-intérêts, dont

le débiteur est tenu, ne doivent comprendre que ce *qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.*

C'est-à-dire qu'il faut, pour que le débiteur en soit tenu, que le dommage ait eu, certainement et nécessairement, pour cause l'inexécution de son obligation, et qu'il n'ait pas pu avoir d'autres causes, qui seraient étrangères à la convention et au débiteur.

Il ne suffirait pas que cette inexécution eût été l'une des causes premières et éloignées du dommage, et que le créancier même pût dire que, sans elle, le dommage ne serait pas arrivé.... *sine quâ non contigisset* (Dumoulin, cité *infra*).

Ce qui est nécessaire, c'est que l'inexécution de l'obligation ait elle-même déterminé immédiatement le dommage, et qu'elle n'en ait pas été seulement l'occasion indirecte, et, pour ainsi dire, *de seconde main.*

Telle était la doctrine de Dumoulin, que Pothier avait admise, et que notre Code a consacrée.

« *Habenda est ratio*, disait-il, *ejus quod immediate*, *non* « *quod per consequentias a remotis accidit.* » (N° 63.)

Et, en appliquant son principe à la responsabilité d'un locataire qui a incendié par dol la maison louée, Dumoulin ajoutait excellemment :

« *Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimen-* « *tum* TUNC DATUM ET PROXIME EX IGNE SECUTUM; *non autem* « *damnum postea succedens*, EX NOVO CASU, ETIAM OCCA- « SIONE DICTÆ CONBUSTIONIS, *sine quâ non contigisset; quia* « *illud est damnum remotum, quod non est in considera-* « *tione....* » (n° 179.)

Pothier a fort exactement résumé cette doctrine :

« La règle qui me paraît devoir être suivie en ce cas, « est qu'on ne doit pas comprendre dans les dom- « mages-intérêts dont le débiteur est tenu pour raison « de son dol, *ceux qui n'en sont qu'une suite éloignée et qui* « *peuvent avoir d'autres causes.* » (N° 167.)

600. — Nous pouvons rappeler ici les mêmes exemples, que nous avons fournis dans l'hypothèse précédente.

C'est ainsi que le vendeur, qui ne répondait pas, étant de bonne foi, de la ruine du commerce que l'acheteur évincé avait établie, depuis la vente, dans la maison vendue (*supra*, n° 582), en répondrait, au contraire, s'il était de mauvaise foi ; car c'est bien là un dommage qui résulte directement et immédiatement de l'inexécution de la vente.

Il serait tenu aussi, par la même raison, d'indemniser l'acheteur de toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, qu'il aurait faites au fonds (art. 1635).

Pareillement, ce débiteur, qui s'était engagé à me fournir, le 1er juin, des voitures que je destinais à l'enlèvement de ma récolte, deviendrait certainement responsable de ma récolte perdue par un orage, si c'était par dol qu'il n'eût pas rempli son obligation (*supra*, n° 583).

Supposons enfin que Paul a vendu à Pierre des chevaux atteints d'une maladie contagieuse (vice rédhibitoire).

S'il était de bonne foi, *non dolosus*, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente (art. 1646).

Était-il, au contraire, de mauvaise foi, *dolosus?* il sera tenu, dit l'article 1645, *de tous les dommages-intérêts envers l'acheteur*.

C'est-à-dire qu'il sera tenu d'indemniser aussi l'acheteur du dommage qu'il aurait éprouvé par la perte de ses autres chevaux, auxquels le cheval vendu aurait communiqué la maladie; car c'est bien là un dommage dont la cause directe et immédiate est dans le dol même du vendeur! (L. 13, princ. ff. *De act. empt. et vendit.*; Pothier, n° 166).

601. — Mais voici, en outre, les autres dommages dont l'acheteur du cheval malade demande la réparation contre son vendeur :

La perte de mes chevaux, dit-il, m'a empêché de cultiver mes terres ;

N'ayant pas pu cultiver mes terres, je n'ai pas pu payer les fermages à mon propriétaire, qui m'a expulsé ;

Expulsé de ma ferme, j'ai perdu les moyens de payer mes créanciers ;

N'ayant pas pu payer mes créanciers, j'ai été exproprié; et mes biens ont été vendus à vil prix !

Autant de chefs de dommages-intérêts !

Oh! pour cette fois, nous voilà bien en dehors de la limite que l'article 1151 a posée!

Et d'abord, quant au défaut de culture de vos terres, il n'apparaît pas de lui-même comme une suite absolument nécessaire de la perte de vos chevaux; ne pouviez-vous pas, en effet, éviter cette perte, en achetant ou en louant d'autres chevaux, ou en affermant vos terres? c'est la réponse de Pothier, qui, toutefois, convient qu'il se peut qu'il y ait là, dans une certaine mesure, un dommage qui puisse être considéré comme une suite directe et prochaine du dol du débiteur ; si, par exemple, à raison des circonstances, le créancier n'avait pas pu recourir à ces moyens, ou s'il n'avait pas obtenu, par eux, tous les résultats que la culture de ses terres, faite dans des conditions meilleures, aurait produits.

A la bonne heure !

Mais quand vous venez dire que vous n'avez pas pu payer vos dettes, et que vous voulez rendre votre vendeur responsable de la saisie et de la vente forcée de vos biens, cela n'est certainement plus admissible.

Ah! vous n'avez pas pu payer vos dettes!

C'est donc que vous aviez des dettes?

Est-ce ma faute, à moi? répondra le vendeur; dois-je être de pire condition, parce que j'ai traité avec un homme qui était chancelant? et quand cet homme me dit : *vous m'avez renversé!* ne puis-je pas lui répliquer : *c'est que vous ne teniez plus!*

Voilà la vérité !

Cette vente d'un cheval malade a bien pu être l'*occasion* de la déconfiture de l'acheteur; elle n'en a pas été la *cause;* et lors même que l'on pourrait dire que, sans elle, la déconfiture ne serait pas arrivée.... *sine quâ non contigisset*, il n'en demeure pas moins vrai que ce n'est pas elle qui en a été la cause déterminante et nécessaire, et que l'imputabilité n'en saurait remonter à l'acheteur, qui n'en est pas l'auteur véritable !

Cette déconfiture procède bien, si l'on veut, de l'inexécution du contrat.... *succedens;* mais elle n'en procède que médiatement, EX NOVO CASU, ou plutôt même EX NOVIS CASIBUS, par toute une série de contre-coups et de ricochets !

Il faut bien s'arrêter, en effet, dans cette voie. Jusqu'où n'irait-on pas, si l'on voulait suivre, un à un, tous les anneaux de cette chaîne, dans laquelle les dommages, en se succédant, se rattachent plus ou moins les uns aux autres !

Exproprié par mes créanciers, je n'ai pas pu doter ma fille, ni établir mon fils, dirait encore l'acheteur.

Nouveau chef de dommages-intérêts, qui pourrait n'être pas le dernier, si l'on supposait, avec notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre (t. V, n° 67 *bis*), que le créancier s'étant suicidé par désespoir, ses héritiers venaient imputer au vendeur la responsabilité de sa mort même !

Les causes les plus petites produisent souvent, en apparence, les conséquences les plus grandes; mais ce n'est là, en effet, le plus souvent qu'une apparence.

Voici un arbre colossal, qu'un léger coup de vent vient d'abattre; et l'on se récrie ! et l'on admire ! mais regardez bien; et vous verrez que cet arbre, dès longtemps ébranlé par de violents orages, n'avait déjà plus de racines !

Une seule goutte d'eau peut faire déborder le vase !

Oui ; mais c'est quand le vase est déjà plein !

C'est la même pensée, que La Bruyère exprime dans cette phrase, où se révèle le profond génie de son style :

« Vous pouvez aujourd'hui, dit-il, ôter à cette ville ses franchises, ses droits, ses priviléges ; mais demain, ne songez pas même à réformer ses enseignes. »

602. — Il est bien entendu que le débiteur ne saurait être tenu des dommages, que le créancier n'aurait éprouvés que par sa faute, ou par la faute de ceux dont il doit répondre.

C'est ainsi que le vendeur, dans le cas même où il serait *dolosus*, ne répondrait pas de la détérioration ou de la perte des meubles, que l'acheteur, évincé, aurait faite dans l'opération de son déménagement. (*supra*, n° 584.)

Et nous remarquions aussi, dans l'exemple qui précède, que le vendeur du cheval ne répondrait pas du défaut de culture des terres de l'acheteur, si ce défaut de culture pouvait être imputé à l'acheteur lui-même (*supra*, n° 601 ; comp. Toullier, t. III, n° 290 ; Duranton, t. X, n°s 473 et suiv. ; Larombière, t. I, art. 1151, n° 3).

603. — Si la responsabilité du débiteur peut être allégée, dans certains cas, il se pourrait aussi qu'elle fût aggravée, en raison de la gravité même du dol, exceptionnellement coupable, que le débiteur aurait commis.

« Quelque positifs que paraissent les termes de l'article 1151, dit M. Larombière, nous croyons cependant que si l'auteur de l'infraction avait eu précisément en vue, lors de sa perpétration, d'arriver, au moyen de conséquences combinées, jusqu'au dommage, dont on lui demande la réparation, il faudrait alors le rendre responsable de toutes les suites, même éloignées, de sa faute et de son fait. » (T. I, art. 1151, n° 5.)

Cela nous paraît aussi incontestable.

604. — Puisqu'il existe une si grande différence (et très-justement sans doute !), quant à l'appréciation des dommages-intérêts, entre le cas où ce n'est point par le

dol du débiteur, que l'obligation n'est pas exécutée (art. 1150), et le cas, où c'est par son dol (art. 1151), il est important de bien définir la signification de ce mot *dol,* dans nos deux articles.

Cette définition d'ailleurs est facile.

Le dol, en effet, implique toujours une intention coupable, et par suite, la connaissance et la prévision du dommage que l'on va causer.

Il faut dès lors le distinguer, de la simple faute ou de l'ignorance (comp., art. 1445 et 1446).

C'est surtout, dans cette matière des dommages-intérêts, que nous devons maintenir cette distinction, que Dumoulin exprimait très-bien en ces termes :

« ..... *Non accipio dolum large, ex eo solo quod quis negligit suo loco et tempore id implere ad quod scit se obligatum.... sed pro dolo in specie, vel destinata malitia....* » (n° 156.)

605. — L'évaluation des dommages-intérêts est toujours une œuvre délicate.

Non-seulement, des questions de droit, souvent ardues, peuvent, comme nous venons de le voir, s'y élever.

Mais elle présente aussi, presque toujours, en fait, beaucoup de difficultés et d'incertitudes :

Quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cujusque intersit.... disait Venuleius. (L. 11, ff. *De Stipul. Præt.*; comp. Inst. § 7. *De verb. obligat.*)

Et il ajoutait qu'il convient, dans l'intérêt des parties, *commodius est,* de substituer à l'arbitraire inséparable de l'évaluation *judiciaire,* une évaluation *conventionnelle,* par laquelle elles déterminent elles-mêmes le chiffre des dommages-intérêts, par anticipation et à forfait.

Ce parti peut être, en effet, souvent le meilleur, surtout pour le créancier, qui se trouve par là dispensé de fournir cette preuve difficile, qui serait à sa charge, de la perte, qu'il a faite, et du gain, dont il a été privé.... *ne necesse sit actori probare quod sua intersit.*

Notre Code prévoit également cette convention, à l'exemple aussi de l'ancien droit français, qu'il a, toutefois, comme nous allons le dire, notablement modifié sur ce point.

L'article 1152 est ainsi conçu :

« Lorsque la convention porte que celui qui manquera « de l'exécuter, payera une certaine somme à titre de « dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre par- « tie une somme plus forte ni moindre. »

606. — Est-il besoin de signaler le caractère d'une telle convention?

Il apparaît de lui-même! c'est évidemment une clause pénale.

La preuve en résulte de la définition suivante, que fournit l'article 1129 :

« La cause pénale est la compensation des dommages- « intérêts, que le créancier souffre de l'inexécution de « l'obligation principale. »

C'est pourquoi il serait hors de propos de nous étendre sur la disposition de l'article 1152; et, afin d'éviter des redites, nous en renvoyons l'explication à la section VI, du chapitre IV de notre Titre, où le législateur s'occupe spécialement *des obligations avec clauses pénales.*

607. — Il est un point pourtant, que nous voulons mettre, dès à présent, en relief.

C'est celui qui constitue, en effet, la disposition même de l'article 1152, à savoir : que cette évaluation conventionnelle des dommages-intérêts fait la loi commune des parties, et que les juges n'ont pas le pouvoir de la modifier, en accordant au créancier soit une somme plus forte, soit une somme moindre.

Notre ancien droit français en décidait autrement; et on peut voir les développements étendus par lesquels Pothier, suivant la doctrine de Dumoulin (n°s 159 et suiv.), entreprenait de justifier cette thèse que « *la peine* « *stipulée, en cas d'inexécution d'une obligation, peut, lors-*

« *qu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge.* » (n° 345).

Eh bien ! précisément, voilà la thèse, que les rédacteurs du Code ont refusé d'admettre ; et c'est même parce qu'ils n'ont pas voulu en ajourner l'abolition, qu'ils ont inséré de suite dans la section : *Des dommages-intérêts*, cet article 1152, qui, par son caractère, appartient, comme nous venons de le dire, à la section : *Des obligations avec clauses pénales.*

Nous n'hésitons pas à penser que le droit nouveau est, en ce point, préférable à l'ancien droit, au double point de vue de la théorie et de la pratique.

En théorie d'abord, est-ce que cette faculté, que l'ancien droit accordait aux juges de réduire le chiffre des dommages-intérêts *conventionnellement arrêté* d'avance entre le créancier et le débiteur, n'était pas une violation de la règle fondamentale, que les conventions font la loi des parties ?

Oui, assurément !

En vain, pour l'expliquer, alléguait-on que le consentement du débiteur était, en ce cas, le fruit de l'erreur et de l'illusion, qu'il s'était faite ; ce moyen n'était certes pas décisif ; et quant à cet autre moyen, que l'on déduisait de la *lésion*, sans examiner quelle pouvait en être autrefois la force, il suffit de dire qu'il ne serait pas même présentable aujourd'hui (*supra*, n° 195).

Le but pratique et vraiment utile de cette convention se trouvait d'ailleurs ainsi tout à fait manqué.

Quel est, en effet, ce but ?

Pothier lui même le précisait parfaitement :

C'est d'éviter la discussion du fait si le créancier a souffert effectivement et à combien monte ce qu'il a souffert.

Or, la clause pénale ne peut rendre ce service qu'autant qu'elle élève une fin de non-recevoir absolue contre *la discussion du fait.*

On objecte encore que l'estimation conventionnelle

des dommages-intérêts, consentie d'avance par le débiteur, peut être évidemment excessive !

A quoi M. Bigot-Préameneu répondait, dans l'*Exposé des motifs,* avec une grande sagesse :

« Mais cette évidence, comment la caractériser? la loi « d'ailleurs est faite pour les cas ordinaires ; et ce n'est pas « pour quelques exceptions que l'on devrait déroger ici à « cette règle fondamentale que les conventions sont la loi « des parties. » (Locré, *Legislat. civ.*, t. XII, p. 231.)

Telle était la doctrine des jurisconsultes romains, dont Pothier n'a pas réussi, suivant nous, à infirmer le témoignage.

« *Pœnam enim cum stipulatur quis,* disait Ulpien, *non « inspicitur quid ejus intersit, sed quæ sit quantitas in con- « ditione stipulationis.* » (L. 38, § 17, ff. De verb. obligat.)

Cette doctrine était même enseignée par Azon, contrairement à Dumoulin.

Et il faut s'applaudir de la voir affermie dans notre droit moderne (comp. *supra,* n° 199).

608. — Il est bien entendu, toutefois, que, si l'estimation conventionnelle des dommages-intérêts ne peut pas être du tout réduite, c'est dans le cas où l'obligation n'a pas été, en effet, du tout exécutée.

Car, aux termes de l'article 1231 :

« La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. »

Il ne se peut pas que le créancier obtienne tout à la fois *le principal et la peine, à moins qu'elle ait été stipulée pour le simple retard* (art. 1229, second alinéa.)

609. — La peine, d'ailleurs, peut être stipulée soit pour le cas d'inexécution seulement, soit seulement pour le cas de retard, soit en même temps pour ces deux cas.

La conséquence en est qu'elle ne peut être appliquée que dans les termes de la convention des parties, et pour celui des cas seulement, dans la prévision duquel elle a été stipulée (comp. *supra*, n° 573).

610. — L'article 1152, par la place qu'il occupe dans la classification numérique, après les articles 1150 et 1151, paraît bien se référer également à l'un et à l'autre, c'est-à-dire à la première hypothèse, dans laquelle ce n'est point par le dol du débiteur que l'obligation n'est pas exécutée, et à la seconde hypothèse, dans laquelle c'est par son dol que l'exécution n'a pas eu lieu.

Il est évident toutefois que le créancier serait fondé a demander aussi la nullité de la clause pénale pour cause de dol. (art. 1116; *supra*, n° 165).

B. — *Du cas où il s'agit du retard dans l'exécution d'une obligation qui se borne au payement d'une certaine somme.*

SOMMAIRE.

611. — Exposition. — Division.

611. — Nous avons, sur ce sujet, trois points principaux à examiner, savoir :

I. — Quelles sont les règles spéciales, que le Code a établies relativement aux dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation, qui se borne au payement d'une somme d'argent ?

II. — Ces règles peuvent-elles être modifiées par la convention des parties ?

III. — Sont-elles applicables aux intérêts des intérêts ?

I.

Quelles sont les règles spéciales, que le Code a établies, relativement aux dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation, qui se borne au payement d'une certaine somme.

SOMMAIRE.

612. — Exposition. — Les dommages-intérêts, dans les obligations, qui se bornent au payement d'une certaine somme, ne peuvent résulter que du retard dans l'exécution de l'obligation.

613. — Il importe de ne pas confondre les intérêts moratoires avec les

intérêts compensatoires, soit conventionnels, soit judiciaires. — Il ne s'agit, dans l'article 1153, que des intérêts moratoires.

614. — Division.

615. — 1° Comment sont fixés les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution des obligations de sommes d'argent? — Et en quoi ils consistent?

616. — Suite.

617. — Suite.

618. — *Quid*, si le créancier demandait à prouver que le retard dans l'exécution de l'obligation résulte du dol du débiteur, et que ce dol lui a causé un dommage supérieur au taux de l'intérêt fixé par la loi?

619. — Exposition des motifs sur lesquels la disposition de l'article 1153 est fondée.

620. — Du taux de l'intérêt fixé par la loi.

621. — Des exceptions, que comporte la règle posée par l'article 1153?

622. — La convention des parties peut-elle modifier cette règle? — Renvoi.

623. — La règle posée par l'article 1153 ne s'applique qu'aux obligations, qui se bornent au payement d'une certaine somme. — Explication.

624. — Suite.

625. — 2° Les intérêts de la somme, que le débiteur est en retard de payer, ne sont dus que du jour de la demande en justice. — Pourquoi? — Explication.

626. — Suffit-il, pour que le créancier ait droit aux intérêts, rétroactivement, à compter du jour de la citation en justice, qu'il prenne, à cet effet, des conclusions dans le cours de l'instance, lors même qu'il n'aurait demandé, dans la citation, que le capital, sans demander les intérêts?

627. — Suite.

628. — Une lettre missive ou une sommation ne suffiraient pas pour faire courir les intérêts.

629. — *Quid*, d'un commandement? — ou d'une saisie?

630. — Une demande en justice, nulle en la forme, ne peut pas faire courir les intérêts.

631. — *Quid*, si la demande, valable en la forme, a été portée devant un juge incompétent?

632. — A la règle, que dans les obligations, qui se bornent au payement d'une certaine somme, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, la loi fait deux exceptions; et elle dispose : 1° que dans certains cas, ils courent de plein droit; 2° que, dans d'autres, ils courent en vertu d'une simple sommation.

633. — Les intérêts des sommes portées dans un compte courant, sont dus, de plein droit, par celle des parties au débit de laquelle ils figurent, à compter du jour des avances constatées. — Explication.

634. — L'article 1153 n'est relatif qu'aux intérêts moratoires; il ne concerne pas les intérêts compensatoires. — Explication.

612. — L'article 1153 est ainsi conçu :

« Dans les obligations, qui se bornent au payement

« d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant
« du retard dans l'exécution ne consistent jamais que
« dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf
« les règles particulières au commerce et au cautionne-
« ment.

« Ces dommages-intérêts sont dus, sans que le créan-
« cier soit tenu de justifier d'aucune perte.

« Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté
« dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. »

On voit qu'il n'est plus question des deux causes, d'où les dommages-intérêts peuvent résulter dans les autres obligations ; c'est-à-dire *soit de l'inexécution de l'obligation, soit du retard dans l'exécution* (art. 1147).

L'article 1153 ne mentionne, au contraire, que *le retard dans l'exécution.*

Cela est tout simple! car telle est évidemment la seule cause d'où les dommages-intérêts puissent résulter, dans une obligation, qui a pour objet une somme d'argent.

Dans le cas d'inexécution, en effet, il est clair que cette obligation ne saurait se transformer en une obligation subsidiaire de somme d'argent, qui serait, comme indemnité pécuniaire, représentative, pour le créancier, de l'exécution même; comment se transformerait-elle ainsi *ex post facto*, puisqu'elle n'était elle-même, *ab initio*, par son objet primitif, qu'une obligation de somme d'argent!

Et puis, d'ailleurs, de deux choses l'une :

Ou le débiteur est solvable; et, alors, il payera, c'est-à-dire qu'il exécutera l'obligation; mais dans ce cas, il n'y aura pas lieu à dommages-intérêts pour inexécution;

Ou il est insolvable; et, alors, il ne payera pas, c'est-à-dire qu'il n'exécutera pas l'obligation; mais, dans ce cas, que signifierait une condamnation à des dommages-intérêts? elle n'augmenterait point apparemment la solvabi-

lité du débiteur; tout au contraire! et puisqu'il ne peut pas payer le montant principal de l'obligation, il ne payerait pas davantage le montant accessoire des dommages-intérêts!

Il est donc clair que, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts du créancier ne peuvent résulter que du retard dans l'exécution de l'obligation.

613. — Aussi, le Code ne s'occupe-t-il, dans l'article 1153, que des intérêts moratoires.

Aux intérêts *moratoires*, on oppose les intérêts *compensatoires,* qui sont eux-mêmes de deux sortes; à savoir :

Conventionnels, lorsqu'ils sont stipulés, par le créancier, pour prix de la jouissance d'une somme d'argent par lui prêtée au débiteur;

Judiciaires, lorsqu'ils sont alloués au créancier par le juge, pour la réparation de tout autre dommage que celui résultant du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent, et comme complément accessoire de l'indemnité pécuniaire à laquelle le débiteur est condamné envers lui.

Il importe de ne pas les confondre. (comp., *infra*, n° 634.)

614. — Quant au retard dans l'exécution de l'obligation qui se borne au payement d'une certaine somme, l'article 1153 décide les deux questions que voici :

1° Comment sont fixés les dommages-intérêts? et en quoi ils consistent?

2° A compter de quelle époque ils sont dus?

615. — 1° Les dommages-intérêts consistent alors dans la condamnation *aux intérêts fixés par la loi.*

C'est-à-dire que la fixation, au lieu d'être judiciaire, est légale.

Voilà donc un principe spécial et tout différent de celui que nous venons d'appliquer aux autres obligations.

De sorte que l'on peut compter, en définitive, trois modes de fixation des dommages-intérêts :

L'un, *judiciaire* (art. 1149, 1150, 1151);

L'autre, *conventionnel* (art. 1152);

Le troisième, *légal* (art. 1153).

616. — Et celui-ci a un caractère, qu'il suffit d'énoncer pour en faire apparaître les conséquences.

Cette fixation souveraine des dommages-intérêts est, en effet, une espèce de clause pénale, qui est l'œuvre de la loi, comme la clause pénale ordinaire est l'œuvre de la convention des parties; l'origine en est différente; mais le caractère en est le même; c'est un *forfait*, par lequel le chiffre des dommages-intérêts est arrêté par anticipation, à tout événement.

Aussi, l'article 1153 déduit-il de cette clause *légale* les mêmes conséquences, que l'article 1152 déduit de la clause *conventionnelle*.

Point de discussion sur le fait!

Les dommages-intérêts se trouvent tarifés, d'une manière uniforme et invariable, aux intérêts fixés par la loi.

Que le créancier ait éprouvé un dommage considérable et bien supérieur au taux de l'intérêt fixé par la loi, peu importe! il n'aura jamais que cet intérêt. (Comp. Cass. 11 juin 1845, *le Soleil*, Dev., 1845, I, 700; Colmar, 14 déc. 1849, *la France*, Dev., 1852, II, 269; Cass. 13 janv. 1852, Fauquet-Besselièvre, Dev., 1852, I, 238.)

Que le créancier n'ait éprouvé qu'un dommage minime et bien inférieur au taux de l'intérêt fixé par la loi, ou même qn'il n'ait éprouvé aucun dommage, peu importe encore! il aura toujours cet intérêt. (comp. Paris, 2 juill. 1863, Tronchon; Amiens, 25 juill. 1863, Boulanger, Dev., 1864, II, 35-36.)

Jamais plus! jamais moins!

Dans tous les cas, même mesure!

617. — D'où il suit :

D'une part, que le créancier, pour obtenir l'intérêt

fixé par la loi, n'est tenu de justifier d'aucune perte, et que le débiteur ne serait pas recevable à offrir la preuve qu'il n'en a éprouvé aucune;

Comme, réciproquement, le créancier ne serait pas recevable à offrir la preuve qu'il a éprouvé une perte plus grande.

618. — Mais pourtant, si le créancier demandait à prouver que le retard dans l'exécution de l'obligation résulte du dol du débiteur, et que ce dol lui a causé un dommage supérieur au taux de l'intérêt fixé par la loi?

Pothier n'hésitait pas à répondre que la preuve, même dans ce cas, ne serait pas recevable.

« En conséquence de cette espèce de forfait, dit-il, quelque grand que soit le dommage, que le créancier ait souffert du retard que le débiteur a apporté au payement de la somme due, *soit que le retard ait procédé d'une simple négligence, soit qu'il ait procédé d'un dol et d'une contumace affectée*, le créancier ne peut demander d'autre dédommagement que ces intérêts. » (n° 170.)

Telle paraît bien être aussi la disposition de notre Code.

C'est après avoir distingué, dans les articles 1150 et 1151, relativement aux autres obligations, le cas où le débiteur n'est pas *dolosus* d'avec le cas contraire, que le législateur ajoute, dans l'article 1153, relativement aux obligations, qui se bornent au payement d'une certaine somme, que les dommages-intérêts *ne consistent* JAMAIS *que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi.*

Non-seulement donc, l'article 1153 ne reproduit pas la distinction qui précède; il fait plus; il la proscrit formellement!

On a prétendu, toutefois, que la cour de Cassation aurait jugé, par un arrêt du 2 mars 1831, que la règle posée par l'article 1153, reçoit exception dans le cas de dol. (Charron, Dev., 1831, I, 178.)

Telle est, du moins, la doctrine, que l'on a déduite de

cet arrêt, soit dans le *sommaire*, qui le précède, à l'endroit du *Recueil* que nous venons de citer, soit dans une *note* insérée au même recueil, à la suite d'un autre arrêt de la cour de Cassation du 13 janvier 1852. (Fouquet, Dev., 1852, I, 238, note 1.)

Mais il suffit de lire l'arrêt de la cour de Cassation du 2 mars 1831, pour reconnaître qu'il ne consacre pas cette doctrine; tout au contraire! il casse un arrêt de la cour d'Angers, qui avait accordé au créancier d'une somme d'argent des dommages-intérêts supérieurs au taux des intérêts fixés par la loi.

Le texte de notre article nous paraît donc trop absolu pour comporter une exception, en tant que le créancier réclame l'indemnité du dommage, qu'il a éprouvé par le retard dans le payement de la somme due.

619. — C'est, en effet, par des motifs absolus, que le législateur a tarifé, d'une manière uniforme et invariable, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'obligation de payer une certaine somme.

Ces motifs sont de deux sortes; et Pothier les explique parfaitement.

« Comme les dommages-intérêts, dit-il, qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette espèce d'obligation, *varient à l'infini, et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier*, il a été nécessaire de les régler, comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe. »

Et il ajoute que *le taux de l'Ordonnance*, auquel ils ont été fixés, « est le prix commun du profit légitime, que le créancier aurait pu retirer de la somme qui lui était due, si elle lui avait été payée » (n° 170).

L'argent, en effet, étant propre à tous les usages possibles, comment savoir auquel, entre tous ces usages, le créancier l'aurait employé! — L'aurait-il même employé! — Qui sait s'il ne l'aurait pas gardé dans sa caisse? ou s'il ne l'aurait pas dissipé et perdu?

Le créancier d'ailleurs peut-il se plaindre, dès qu'on lui accorde l'intérêt *légal*, c'est-à-dire, le seul que, en général, un honnête homme puisse retirer de son argent, et celui-là même qu'il aura promis à son prêteur, s'il lui a fallu recourir à un emprunt?

620. — Dans notre ancien droit, le taux de l'intérêt légal, après avoir beaucoup varié, avait fini par être, à peu près uniformément partout, de cinq pour cent en matière civile, et de six pour cent, en matière commerciale. (Comp. lois des 3 oct. 1789, et 11 avril 1793; Merlin, Répert., v° *Intérêts.*)

Il continua de demeurer à ce taux, après la promulgation du Code Napoléon, qui ne renferme, sur ce point, aucune disposition. (Comp. art. 1153, 1907; Locré, *Législat. civ.*, t. XV, p. 66 et 77.)

Aujourd'hui, c'est la loi du 3 septembre 1807, qui le détermine; cette loi, dont le but principal a été de limiter le taux de l'intérêt conventionnel (art. 1), a fixé, en même temps, l'intérêt légal, au taux où il était déjà : cinq pour cent en matière civile; et six pour cent, en matière commerciale. (Art. 2; ajout. la loi du 19 déc. 1850.)

621. — Telle est donc la règle générale, que les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation, qui se borne au payement d'une certaine somme, ne peuvent consister que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi.

Cette règle, toutefois, comporte quelques exceptions :

1° L'article 1153 réserve, d'abord, *les règles particulières au commerce;* d'où il ne faut pas conclure que la règle elle-même ne soit pas applicable en matière de commerce; car, tout au contraire! cette règle gouverne les matières commerciales aussi bien que les matières civiles. L'exception de notre texte se réfère uniquement à celle que Pothier faisait aussi de son temps, (n° 171), c'est-à-dire, qu'elle ne concerne que les lettres de change ou autres papiers négociables. (Comp. art. 177 à 187, *Code*

de Comm.; le décret du 24 mars 1848; Aix, 21 août 1829, Raineri, D., 1829, II, 288.)

2° L'article 1153 réserve de même *les règles particulières au cautionnement.* (Comp. art. 2028.)

3° Il faut ajouter, quoique l'article 1153 ne les rappelle pas, les règles particulières au contrat de société; car l'article 1846 dispose formellement que l'associé, qui *devait apporter une somme* dans la société et qui ne l'a point fait, devient *débiteur des intérêts de cette somme; le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.*

Ce n'est pas le moment d'expliquer, en détail, chacune de ces exceptions; qu'il nous suffise d'indiquer le motif commun qui les justifie, à savoir : que le créancier éprouve, dans ces trois cas, un dommage certain et presque toujours facilement appréciable, dont il est juste, dès lors, qu'il obtienne la réparation complète; ajoutons, relativement aux associés, que leur évidente intention est de retirer de leurs apports réciproques des bénéfices supérieurs à l'intérêt fixé par la loi.

622. — Peut-on admettre à la règle posée par l'article 1153, d'autres exceptions que celles, que nous venons d'indiquer d'après nos textes?

En d'autres termes, la convention des parties peut-elle modifier cette règle?

C'est ce que nous allons bientôt examiner. (*infra*, nos 63 et suiv.)

623. — Il est d'ailleurs bien entendu que la règle posée par cet article ne s'applique qu'aux obligations, *qui se bornent au payement d'une certaine somme.*

C'est le texte même!

Il ne suffirait donc pas de dire que les obligations, qui ne se bornent pas au payement d'une certaine somme, en sont exceptées; on ne peut excepter d'une règle, que les cas, qui s'y trouvent compris; et ces obligations n'y étant pas comprises, nous n'avons pas même à les excepter!

Cette observation n'est pas sans importance.

Il arrive, en effet, parfois, que l'on entreprend de placer sous l'empire de la règle de l'article 1153, certaines obligations, soit de *donner*, soit *de faire* ou *de ne pas faire*.

Il faut alors constater exactement quel en est le véritable objet, et ne pas se laisser entraîner dans l'application de l'article 1153, s'il est reconnu que ces obligations NE SE BORNENT PAS AU PAYEMENT D'UNE CERTAINE SOMME.... (Comp. *infra*, n° 634; Bordeaux, 26 juill. 1847, Talleret, Dev., 1848, II, 759; Cass., 6 juill. 1857, Regnier, Dev., 1859, I, 31.)

624. — Des termes de l'article 1153, nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, ont conclu que le prêt de consommation n'est soumis à l'application de l'article 1153 que dans le cas, où il a pour objet une somme d'argent; et que, dans le cas, au contraire, où il n'a pas pour objet une somme d'argent, les dommages-intérêts résultant du retard dans le payement, doivent être réglés d'après le Droit commun, en vertu des articles 1149, 1150 et 1151. (T. III, p. 432.)

Cette conclusion paraîtrait, en effet, résulter de l'article 1153, tel que nous venons de l'exposer. (*supra*, n° 623; comp. Pont, *du Prêt*, art. 1907, n° 288; *voy.* aussi pourtant, art. 1905, n° 245.)

Mais nous ne pensons pas qu'elle soit admissible; il existe en effet un texte spécial, qui s'y oppose; c'est l'article 1904 :

« Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur
« valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour
« de la demande en justice. »

Ces termes sont généraux; et on ne saurait les restreindre au cas où le prêt a pour objet une somme d'argent, puisque, en parlant des choses PRÊTÉES OU DE LEUR VALEUR, l'article suppose que le prêt peut comprendre des choses fongibles; est-ce qu'en effet, s'il n'avait prévu que le prêt d'argent, cet article aurait eu besoin de men-

tionner *une restitution en nature,* à côté *d'une restitution en argent?*

Ce n'est pas que nous veuillions dire que l'article 1153 est applicable à tous les contrats qui ont pour objet des choses fongibles.

Ce serait là une proposition contraire au texte même de cet article.

Ce que nous disons, c'est que la règle posée par l'article 1153 a été étendue, par l'article 1904, à tout prêt de consommation, dans le but, très-sage d'ailleurs, d'éviter les débats et les expertises sur l'augmentation ou la diminution de valeur des choses prêtées. (Comp. art. 1905; Duranton, t. XVIII, n° 590; Troplong, *du Prêt,* n° 301; Larombière, t. I, art. 1153, n° 11 et 20 et art. 1907, n° 288.)

625. — 2° Les intérêts de la somme, que le débiteur est en retard de payer, ne sont dus qu'à compter du jour où il a été constitué en demeure; et, sous ce rapport, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution de cette espèce d'obligation, sont régis par le Droit commun, qui régit toutes les obligations, en général. (art. 1156.)

Ce qu'il y a de spécial, en ce qui les concerne, c'est que la mise en demeure ne s'opère pas de la même manière.

Tandis que, en effet, d'après l'article 1139, le débiteur est constitué en demeure par une sommation ou par un autre acte équivalent (art. 1139; *supra,* n° 524);

L'article 1153 exige une demande en justice, pour constituer en demeure le débiteur qui est tenu de l'obligation de payer une somme d'argent. (ajout. art. 1904.)

Quel a pu être le motif de cette disposition spéciale?

Il n'est pas inutile de le préciser; car la solution de plusieurs questions délicates, qui se sont élevées sur ce sujet, nous paraît en dépendre.

Or, ce motif est, à notre avis, que la loi a voulu, dans

l'intérêt du débiteur, que le créancier manifestât, catégoriquement et énergiquement, sa volonté de faire courir les intérêts : catégoriquement, c'est-à-dire en termes clairs et non équivoques; énergiquement, c'est-à-dire par un acte assez menaçant pour ne laisser au débiteur aucune illusion !

C'est un fait grave que l'accroissement d'une dette d'argent, par le cours des intérêts qui commencent à la grossir; le créancier y trouve assurément son avantage; si bien même souvent, qu'il n'est plus dès lors pressé, quand le débiteur est solvable, d'obtenir le payement du capital; et il n'eût pas été impossible, si la loi n'y avait pourvu, qu'il induisît le débiteur dans une fausse confiance, en faisant courir, contre lui, les intérêts, en vertu d'un acte, dont celui-ci n'aurait pas clairement compris le caractère et la portée!

Mais, précisément, la loi a voulu pourvoir à ce danger et prémunir le débiteur contre sa propre ignorance et contre la trompeuse habileté peut-être de son créancier; voilà pourquoi elle exige cette double condition : 1° que les intérêts soient demandés; 2° qu'ils soient demandés par une assignation en justice.

626. — Cette explication du dernier alinéa de l'article 1153, si elle est plausible, comme nous le pensons, va de suite nous servir à résoudre une difficulté qui excite de graves controverses dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Il s'agit de savoir s'il suffit, pour que le créancier ait droit aux intérêts, rétroactivement, à compter du jour de la citation en justice, qu'il prenne, à cet effet, des conclusions dans le cours de l'instance, lors même qu'il n'aurait demandé, dans la citation, que le capital, sans demander les intérêts ?

Ou s'il faut, au contraire, qu'il ait demandé aussi les intérêts dans la citation, par laquelle il a demandé le capital ?

Voilà les termes de la question, qui n'est peut-être pas posée très-nettement, dans tous les livres de la doctrine.

Il ne s'agit pas de savoir si, pour obtenir les intérêts, il faut que le créancier les demande.

Cela est d'évidence, qu'il faut que le créancier les demande! car le juge, qui ne peut pas statuer *ultra petita*, ne pourrait pas les lui accorder, s'il ne les demandait pas; si, dans notre ancien Droit, certaines coutumes provinciales autorisaient le juge à allouer les intérêts *d'office* au créancier (dans l'Orléanais, l'Auvergne, le Lyonnais), c'était là une dérogation aux principes, qui serait impossible aujourd'hui. (Comp. art. 480, 1° Cod. de Procéd.; Merlin, Répert., v° intérêts § IV, n° 16.)

Mais le juge peut-il accorder au créancier les intérêts rétroactivement, à compter de la date de l'exploit de citation, lorsqu'il ne les a demandés, pour la première fois, que par des conclusions prises dans le conrs de l'instance?

Tel est le nœud de la question.

Un parti considérable tient pour l'affirmative :

1° *Les intérêts*, dit-on, sont dus, comme *les dommages-intérêts*, dont ils tiennent lieu, du jour où le débiteur a été constitué en demeure (*supra*, n° 625);

Or, le débiteur d'une somme d'argent est constitué en demeure par une demande en justice, de même que les autres débiteurs sont constitués en demeure par une simple sommation; c'est-à-dire que la demande en justice joue, dans les obligations de sommes d'argent, le même rôle que la sommation dans les autres obligations;

Donc, elle doit produire le même effet; et de même que la sommation crée le droit du créancier aux dommages-intérêts, bien qu'elle ne fasse mention que de l'objet principal de l'obligation, de même la demande en justice crée son droit aux intérêts, bien qu'elle ne fasse mention que du capital.

2° On ajoute que la mise en demeure n'est même possible que pour le capital.

C'est, en effet, le capital seulement, que le débiteur est en retard de payer, lorsque le créancier le lui demande ; il n'est pas en retard de payer les intérêts qu'il ne doit pas encore; et, par conséquent, la demande du capital, qui seule peut constituer le débiteur en demeure, doit suffire pour faire courir les intérêts, à l'égard desquels il ne peut pas même être mis en demeure! (Comp. Cass. 20 nov. 1848, Albrecht, Dev. 1849-I-129; Delvincourt, t. II, p. 746.)

627. — Mais ces arguments ne nous paraissent pas concluants; et nous pensons, au contraire, que le créancier n'a droit aux intérêts, à compter du jour de la demande, qu'autant qu'ils les a demandés dans l'exploit de citation :

1° Le texte même de la loi est, d'abord, à notre estime, décisif en ce sens.

Dans l'alinéa, où l'article 1153 dispose, à l'égard *des intérêts*, en ces termes :

« *Ils ne sont dus que du jour de la demande...* » ;

N'est-il pas clair que le mot : *demande*, se rapporte au sujet même de la phrase : *Ils....* c'est-à-dire *les intérêts*, et que, par conséquent, l'article a en vue, non pas *la demande du capital*, mais *la demande des intérêts?*

C'est ce qui ressort aussi de l'article 1154, qui, plaçant sur la même ligne, la convention relative aux intérêts et la demande judiciaire, prouve bien que la demande judiciaire, comme la convention, à laquelle on l'assimile, est elle-même *relative aux intérêts* (ajout. art. 1155).

Enfin, cette preuve se trouve encore dans l'article 1207, qui dispose que la *demande d'intérêts* formée contre l'un des débiteurs solidaires, fait courir les intérêts à l'égard de tous.

C'est donc bien de la demande des intérêts eux-mêmes, qu'il s'agit dans les textes de cette matière.

2° Et les textes, ainsi entendus, sont conformes au motif essentiel de la loi, qui a voulu que le débiteur fût, avons-nous dit, clairement et catégoriquement, averti de la volonté du créancier de faire courir les intérêts, et de l'accroissement qui allait, dès ce moment, grossir la dette du capital! (Comp. Limoges, 4 juin 1847, Grand; Bordeaux, 6 mai 1847, Casenave, Dev. 1847-II-449; Merlin, Répert. v° intérêts, § IV, n° 14; Toullier, t. III, n° 272; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 65; Marcadé, art. 1153, n° 111; Colmet de Santerre, t. V, n° 70 *bis* VII; Larombière, t. I, art. 1153, n° 21.)

628. — L'article 1153 exige donc une demande en justice, ou tout au moins une citation en conciliation suivie d'une demande en justice, dans le mois, à dater de la non-comparution ou de la non-conciliation. (Art 57 Cod. de Procéd.)

Est-ce la peine de dire qu'une lettre missive, ou même une sommation, ne suffiraient pas pour faire courir les intérêts? (Comp. Cass. 13 janv. 1852, Fouquet-Besselièvre, Dev. 1852-I-238.)

629. — Et un commandement?

Et une saisie?

Pas davantage!

On se récrie qu'il n'est aucun acte, pourtant, qui puisse témoigner, d'une façon plus énergique, de la volonté du créancier d'être payé! c'est bien plus que la menace; c'est l'exécution!

Aussi, quelques-uns, ont-ils accusé, sur ce point, le législateur d'inconséquence. (Comp. Mourlon, *Répert. écrit.*, t. II, p. 513.)

Et la Cour de Toulouse en est même venue à décider que le commandement signifié en vertu d'un exécutoire de dépens, fait courir les intérêts! (22 janv. 1829, Boué, D., 1829, II, 168.)

Mais cette décision est évidemment contraire à la loi; et nous ajoutons que la loi ne mérite pas le reproche d'inconséquence, qu'on lui adresse.

Oh! sans doute, ce n'est pas l'énergie de la manifestation, qui fait défaut dans le commandement ou dans la saisie; et il n'est pas pour le créancier, en effet, de façon plus catégorique et plus brutale d'annoncer sa volonté d'être payé!

Oui! d'être payé...;

Mais de quoi?

Du capital seulement? ou, tout à la fois, du capital et des intérêts?

Voilà ce qu'un commandement ou une saisie ne dit pas et ne peut même pas dire! et voilà aussi ce qui explique pourquoi ces actes-là ne font pas courir les intérêts; c'est que l'autre condition, que la loi exige, y fait défaut; à savoir : qu'ils n'annoncent pas la volonté du créancier de faire courir les intérêts. (Comp. Grenoble, 9 mars 1825, Sirey, 1825, II, 310; Cass., 14 nov. 1826, Sirey, 1827, I, 33; Riom, 17 mai 1830, Dev., 1832, II, 463; Cass., 17 févr. 1834, Dev., 1836, I, 412.)

630. — Qu'une demande en justice ne puisse pas faire courir les intérêts, lorsqu'elle est nulle en la forme, cela ne saurait être l'objet d'un doute; un acte nul, en la forme, n'a pas d'existence, aux yeux de la loi; et il ne peut produire aucun effet. (Art. 2247; comp. Larombière, t. I, art. 1153, nº 25.)

631. — La demande est valable en la forme; mais elle a été portée devant un juge incompétent.

Fera-t-elle néanmoins courir les intérêts?

Oui! a-t-on répondu, puisqu'elle interromperait la prescription. (Art. 2246, *Code Napol.;* et art. 57, *Code de Procéd.*)

Est eadem ratio, disent nos savants collègues, MM. Aubry et Rau. (Sur Zachariæ, t. III, p. 65; comp. Paris,

27 juin 1816, Sirey, 1817, II, 325; Orléans, 6 avril 1838, *J. de P.*, 1838, t. I, p. 600; Devilleneuve, *Observations sur l'arrêt de la Cour de Cassation* du 11 janvier 1847, Castellane, 1847, I, 522.)

Non! répondrons-nous, au contraire :

1° En effet, c'est un principe élémentaire qu'une demande formée devant un juge incompétent, est, en soi, un acte nul et à considérer comme non avenu; elle est même nulle si radicalement, qu'elle ne saurait être validée par aucune correction et qu'elle doit être remplacée par une demande nouvelle, comme si aucune demande n'avait jamais été formée. Tel est, disons-nous, le principe; et il doit être maintenu dans tous les cas, excepté seulement lorsque la loi y a elle-même dérogé;

Or, la loi n'y a dérogé que en ce qui concerne l'interruption de la prescription;

Donc, nous demeurons, en ce qui concerne le cours des intérêts, sous l'empire du principe général.

2° On objecte que la première dérogation doit entraîner la seconde, et que, puisque la prescription est interrompue, les intérêts doivent courir.

Il n'en est rien! et nous répliquons, à notre tour :

Non est eadem ratio!

C'est, en effet, une assimilation fautive, que celle que l'on prétend établir entre ces deux matières.

Un commandement ou une saisie interrompent-ils la prescription? (art. 2244).

Oui!

Font-ils courir les intérêts?

Non!

Donc, la prétendue analogie, que l'on invoque, fait défaut; et il n'existe aucune corrélation entre l'interruption de la prescription et le cours des intérêts.

Ajoutons que, dans un cas, il s'agit pour le créancier, de conserver son droit; tandis qu'il s'agit, dans

l'autre cas, de l'augmenter; nouveau motif de différence, et qui peut expliquer comment la loi accorde, dans le premier cas, à la demande formée devant un juge incompétent, un effet qu'elle ne lui accorde pas dans le second. (Comp. Paris, 5 janv. 1837, Lainné, Dev., 1837, II, 137; Cass., 11 janv. 1847, Castellane, Dev., 1847, I, 522; Agen, 5 mars 1849, Castellane, Dev., 1849, II, 178; et les *Observations*, qui accompagnent cet arrêt, *h. l.;* Décret du Conseil d'État, du 26 juin 1852, Comp. du Canal de Beaucaire, Dev., 1853, II, 86; Colmet de Santerre, t. V, nº 70 *bis* VII; Larombière, t. I, art. 1153, nº 26.)

632. — A cette règle, que, dans les obligations, qui se bornent au payement d'une certaine somme, les intérêts moratoires ne sont dus que du jour de la demande, la loi fait deux exceptions :

1° Dans certains cas, les intérêts courent de plein droit. (Comp. art. 456, 474, 856, 1378, 1440, 1473, 1438, 1570, 1652, 1846, 1996, 2001, 2028.)

2° Ils courent dans d'autres cas, en vertu d'une simple sommation extrajudiciaire. (Comp. 474, 2me alinéa; 1652; 1936; et art. 184, *Code de comm.*)

L'article 1153 n'énonce que la première exception.

Mais la seconde, pour n'y être pas énoncée, n'en est pas moins certaine.

Nous expliquerons l'une et l'autre, dans les différentes matières auxquelles elles appartiennent; nous en avons même déjà rencontré plusieurs. (Comp. notre *Traité de la Minorité; de la Tutelle*, etc., t. II, nº 134.)

633. — Ajoutons que, d'après un usage commercia , aujourd'hui constant, et que la jurisprudence d'ailleurs a consacré, d'accord avec la doctrine, la règle posée par l'article 1153 n'est point applicable en matière de comptes courants commerciaux; c'est-à-dire que les intérêts des sommes portées dans un compte courant sont dus, de plein droit, par celle des parties au débit de la-

quelle elles figurent, à compter du jour des avances constatées.

Mais comment donc? et sur quel texte la doctrine et la jurisprudence ont-elles pu fonder cette exception?

De texte *ad hoc*, il n'y en a pas ; et la vérité est que cette solution serait difficile à justifier, si on voulait la présenter comme une exception aux principes du droit commun.

Aussi, faut-il y chercher plutôt une application de ces principes. N'est-il pas vrai, en effet, de reconnaître que les parties, qui entrent en compte courant, deviennent réciproquement mandataires, en faisant des avances l'une pour l'autre, soit au moyen de remises, soit ou moyen de payements en l'acquit l'une de l'autre?

Assurément!

Eh bien! alors l'explication juridique, que nous cherchions, est trouvée! c'est en vertu des règles du mandat, conformément à l'article 2001, que les intérêts de ces avances vont courir, de plein droit, à dater du jour où elles sont constatées.

Et voilà comment cette situation rentre elle-même dans les termes de l'article 1153 (comp. Bordeaux, 4 juill. 1832, Lafont de Ladebat, D. 1833-II-19; Cass. 6 nov. 1832, Dev. 1832-I-824; Cass. 8, mars 1853, Capdeville, Dev. 1854-I-769; Cass. 24 mai 1854, Rousseau, Dev. 1855-I-737; Lyon, 20 nov. 1857, Tricaud, Dev. 1858-II-700; Pardessus, *Cours de Dr. comm.*, t. II, n° 475; Delamarre et Lepoitevin, *du Contrat de commission*, t. II, n° 497; Vincens, *Legislat. Comm.*, t. II, p. 158; Noblet, *du Compte courant*, n°s 8 et 136 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 65; Pont, *du Prêt*, art. 1905, n° 251).

634. — Il convient enfin de rappeler la distinction, que nous avons déjà faite, entre les intérêts moratoires et les intérêts compensatoires (*supra*, n° 613).

Le dernier alinéa de l'article 1153, qui porte que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, n'est,

en effet, relatif qu'aux intérêts moratoires, c'est-à-dire à ceux dont le débiteur est tenu à raison du retard dans le payement d'une obligation, qui se borne au payement d'une certaine somme.

Il ne concerne pas les intérêts compensatoires, c'est-à-dire ceux dont le débiteur peut être tenu, à titre de dommages-intérêts, en raison de l'inexécution ou du retard dans l'exécution de toute autre obligation.

Les juges ayant, dans ce dernier cas, toute latitude, pour déterminer, dans leur appréciation discrétionnaire, la quotité des dommages-intérêts, auxquels le débiteur doit être condamné envers le créancier, il en résulte qu'ils peuvent ajouter à la somme, à laquelle ils les estiment, les intérêts de cette somme, à partir d'une époque antérieure à la demande; car ces intérêts étant alloués au créancier, de même que la somme principale, comme une indemnité compensatoire du dommage qu'il a éprouvé, et comme un complément et une partie intégrante de cette indemnité, ne rentrent pas dans l'application du troisième alinéa de l'article 1153.

« Attendu (dit la Cour de cassation), que la condamnation étant fondée, au principal, sur la réparation d'un préjudice, la condamnation aux intérêts n'a été prononcée par l'arrêt, que comme partie et complément du capital de l'indemnité, et à partir de l'époque, qu'il était libre aux juges de déterminer, la fixation du principal et des intérêts étant abandonnée aux lumières et à la conscience des juges.... » (Comp. Cass., 5 nov. 1834, Joubert, D. 1835-I-13; Cass., 23 juill. 1835, Rochoux, D. 1835-I-453; Toulouse, 29 nov. 1834, Groc, D. 1835-II-177; Cass., 13 août 1863, de Pindray, Dev. 1863-I-473; Cass., 8 fév. 1864, Briot, Dev. 1865-I-227; Cass., 4 août 1864, Spinelli, Dev. 1865-II-177; Cass. 4 avril 1866, Banque suisse, Dev. 1866-I-431; Bourges, 23 janv. 1867, Fontaine, Dev. 1867-II-410; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 64-65.)

II.

Les règles, qui viennent d'être exposées sur les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution des obligations, qui se bornent au payement d'une certaine somme, peuvent-elles être modifiées par la convention des parties?

SOMMAIRE.

635. — Nous venons de poser, d'après l'article 1153, ces deux règles; à savoir :

1° Que les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation, qui se borne au payement d'une certaine somme, ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi;

2° Que ces intérêts ne sont dus que du jour de la demande en justice.

Il s'agit maintenant de savoir si ces règles peuvent être modifiées par la convention des parties.

636. — 1° Et d'abord, les parties peuvent-elles convenir que le débiteur, dans le cas où il serait en retard de payer la somme qui fait l'objet de l'obligation, sera tenu d'en payer les intérêts à un taux différent du taux fixé par la loi?

Certainement oui, si le taux conventionnel est inférieur au taux légal; comme s'il a été convenu que les intérêts seraient de quatre pour cent; car, la loi qui limite le taux *maximum* de l'intérêt, est tout entière en faveur du débiteur; et c'est se conformer, de plus en plus, à son vœu, que d'abaisser, en faveur du débiteur, le taux fixé par elle!

Il faudra donc appliquer, dans ce cas, l'article 1152; et la clause pénale conventionnelle fera la loi commune des parties; de sorte qu'il ne pourra être alloué, au créancier, un taux d'intérêt plus fort ni moindre.

637. — Mais supposons, au contraire, que le taux conventionnel est supérieur au taux légal.

Le créancier a stipulé que le débiteur, dans le cas où il serait en retard de payer la somme, en devra les intérêts à 8 pour 100.

Cette stipulation est-elle valable? et doit-on y appliquer l'article 1152?

Il aurait fallu répondre affirmativement, d'après le Code Napoléon, et avant la promulgation de la loi du 3 septembre 1807; car aucun texte, sous l'empire du Code, ne faisait obstacle à la validité de la convention, qui élevait les intérêts au-dessus du taux légal.

D'une part, en effet, l'article 1907 portait que l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas; or, aucune loi, dans l'intervalle de 1804 à 1807, ne le prohibait.

D'autre part, l'article 1153 n'est relatif qu'aux intérêts moratoires judiciaires, c'est-à-dire à ceux qui sont alloués par le juge, en l'absence de toute convention des parties; la preuve en résulte : soit de l'article 1153 lui-même, qui dispose que, dans le cas qu'il prévoit, les intérêts ne courent que *du jour de la demande;* soit de la comparaison de l'article 1153, qui ne s'occupe, en effet, que *de la demande,* avec les articles 1154 et 1155, qui s'occupent, au contraire, en même temps,

relativement aux intérêts des intérêts, *de la demande et de la convention.*

Il est évident, d'ailleurs, qu'on ne pourrait prétendre que l'article 1153 limitait le taux de l'intérêt conventionnel, qu'en le mettant en contradiction avec l'article 1907, qui atteste que l'intérêt conventionnel n'était pas limité par le Code (comp. Duranton, t. X, nos 487 et 489).

638. — Quoi qu'il en soit, il est certain que, depuis la loi du 3 septembre 1807, qui a limité le taux de l'intérêt conventionnel à 5 pour 100 en matière civile, et à 6 pour 100 en matière commerciale, il n'a plus été permis, dans les obligations de sommes ou de choses qui se consomment par l'usage, consenties pour prêt, de stipuler un intérêt supérieur à ce taux.

En conséquence, l'intérêt moratoire, quel qu'il soit, *judiciaire* ou *conventionnel*, ne peut jamais, dans ces sortes d'obligations, excéder l'intérêt *légal;* et l'article 1152 a cessé, d'y être applicable (comp. art. 1907; art. 1 et 2 de la loi du 3 septembre 1807).

639. — C'est, disons-nous, dans les obligations consenties *pour cause de prêt,* que l'intérêt moratoire ne peut pas, même conventionnellement, excéder le taux légal.

Telle est, en effet, la règle qui nous paraît résulter du texte même de la loi du 3 septembre 1807 et des motifs sur lesquels elle est fondée.

Quels sont les termes de l'article 3 ?

« Lorsqu'il sera prouvé que *le prêt conventionnel* a été « fait à un taux excédant celui fixé par l'article 1er.... »

Et les termes de l'article 4 ?

« Tout individu qui sera prévenu de se livrer *à* « *l'usure*...., sera condamné à une amende qui ne « pourra excéder la moitié des capitaux, *qu'il aura prêtés* « *à usure.* »

C'est donc bien le contrat de prêt, que le texte de la loi a spécialement en vue.

C'est que, en effet, le but du législateur a été spécia-

lement aussi de protéger l'homme qui est aux prises avec le besoin d'argent, et auquel cette détresse, en altérant la liberté de son consentement, pourrait faire accepter les conditions les plus imprudentes et les plus dures. Il ne s'agit pas ici, pour nous, d'examiner, au point de vue de la science économique, le mérite de cette loi; nous serions même porté, s'il fallait prendre parti, à nous mettre dans les rangs de ceux qui pensent que la thèse la plus vraie et la plus politique est celle de la liberté du crédit, et que l'avenir lui appartient.

Ce qu'il nous suffit de dire, en nous plaçant au point de vue du législateur de 1807, c'est qu'il a été certainement déterminé par une pensée de protection en faveur de ceux qui contractent des obligations pour prêt d'argent.

Mais si la loi de 1807 ne s'applique qu'aux contrats de prêt, remarquons bien qu'elle s'applique à tous les contrats de prêt, quelle que soit la manière dont ils s'opèrent, apparente ou déguisée, directe ou indirecte.

Elle s'applique, en un mot, à toutes les conventions, par suite desquelles l'une des parties se trouve finalement tenue, envers l'autre, d'une obligation qui consiste à payer une certaine somme; ce qui nous ramène très-justement aux termes mêmes de l'article 1153.

Ainsi, par exemple, je vous ai vendu un immeuble 100 000 francs; et il a été convenu que le prix serait payable dans un délai de cinq ans.

Le délai échu, vous êtes en retard de me payer.

Quels intérêts pourrais-je obtenir de vous?

Judiciairement, il est évident que je ne pourrais obtenir qu'une condamnation *aux intérêts fixés par la loi* (art. 1153).

Et *conventionnellement?*

Pas davantage!

Cela est aussi évident.

Votre dette de 100 000 francs n'a pourtant pas pour cause un prêt, puisque c'est un prix de vente.

Il est vrai !

Mais la dette de ce prix de vente étant échue, si vous gardez encore ces 100 000 francs que vous devriez me payer, c'est que je consens à vous les laisser; et consentir à laisser une somme d'argent aux mains d'un débiteur, c'est bien vraiment la lui prêter!

640. — Supposez, au contraire, ceci :

Je vous ai vendu mon immeuble 100 000 francs, payables dans cinq ans; et il a été convenu que, jusqu'à l'expiration de ce délai, vous me payerez des intérêts à dix pour cent, savoir : 10 000 francs par an (comp. art. 1652).

Cette convention est-elle valable?

Nous le pensons tout à fait ainsi, soit d'après le texte, soit d'après les principes :

1° Aucun texte d'abord n'y fait obstacle:

Ni l'article 1153, qui n'est relatif qu'aux intérêts *moratoires judiciaires ;*

Ni la loi du 3 septembre 1807, qui n'est relative qu'au contrat *de prêt.*

2° C'est que, en effet, il n'y a, dans cette espèce, aucuns intérêts, moratoires ou autres, ni aucun contrat de prêt !

Ce qu'il y a seulement, c'est un prix de vente, un prix unique et indivisible! cette somme de 10 000 francs, que l'acheteur est convenu de payer pendant cinq ans au vendeur, est évidemment elle-même, comme la somme de 100 000 francs, une partie intégrante de ce prix.

Est-ce que je n'aurais pas pu dire que je vous vendais mon immeuble 150 000 francs, qui seraient payables de la manière suivante, savoir : 10 000 francs par an pendant cinq ans, et après ce délai, 100 000 francs?

Certainement oui !

Or, si cette convention eût été valable, celle que nous avons faite, doit évidemment l'être aussi; car elle est,

sauf la différence des mots, absolument la même au fond des choses!

3° Ajoutons que le motif, qui a dicté la loi du 3 septembre 1807, fait ici complétement défaut. On peut être forcé d'emprunter; on n'est pas forcé d'acheter! et, si exagéré que soit le prix, qu'un acheteur téméraire ait pu mettre à la chose, qu'il vienne se plaindre! et nous lui répondrons, avec l'article 1683:

« La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de « l'acheteur. » (Comp. Bourges, 2 avril 1828, Boulet, Dev., 1829, II, 180.)

641. — Je voudrais proposer encore une combinaison nouvelle, afin de mettre cette règle de plus en plus en relief.

Voici donc, en conservant la même hypothèse, ce que nous avons fait:

Je vous ai vendu mon immeuble 100 000 francs, payables dans un délai de cinq ans; et il a été convenu que, si, après l'expiration de ce délai, vous étiez en retard de me payer la somme de 100 000 francs, vous m'en serviriez les intérêts à dix pour cent, jusqu'au payement du capital.

On voit la différence, qui sépare cette hypothèse, pour ainsi dire intermédiaire, des deux hypothèses que nous venons d'examiner.

Elle diffère de l'une, en ce qu'il n'y a point une convention unique et indivisible, dans laquelle les intérêts se confondraient avec le prix, dont ils seraient le complément inséparable (*supra*, n° 641).

Elle diffère de l'autre, en ce qu'il n'y a point deux conventions successives : l'une, d'abord, relative seulement au prix principal; l'autre, ensuite *ex intervallo*, relative seulement aux intérêts; il n'y a qu'une seule convention, faite tout entière, en même temps, *in continenti*.

Eh bien! donc, cette convention est-elle valable?

Nous ne le pensons pas.

Pour cette fois, en effet, ce sont bien des *intérêts moratoires*, que l'acheteur payerait, s'il était tenu de payer ces 10 000 francs par an, pour le cas où il serait en retard de payer la somme de 100 000 francs, après l'expiration du délai ; ce sont, disons-nous, des intérêts moratoires et non pas une partie intégrante du prix! et cela est d'évidence; car s'ils étaient une partie du prix, ils seraient dus nécessairement dans tous les cas!

Nous avons donc, devant nous, non pas un acheteur, qui doit un prix de vente, mais un débiteur, tenu d'une obligation qui se borne au payement d'une certaine somme, et dont la situation, en réalité, n'est autre que celle d'un emprunteur envers un prêteur!

Aussi, concluons-nous que la convention, relative aux intérêts moratoires, quoique insérée, par anticipation, dans le contrat de vente, n'est pas valable, en tant qu'elle excède le taux des intérêts fixés par la loi.

La distinction, qui sert de base à notre doctrine, a été proposée excellemment par Ulpien, d'après Papinien, dans la loi 13, § 26, au Digeste, *De actionibus empti et venditi* :

« Idem Papinianus respondisse refert *si convenit ut, ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur,* in fraudem Constitutionum videri adjectum quod usuram legitimam excedit; *diversamque causam commissoriæ esse ait,* cum in ea specie non fœnus illicitum contrahitur, *sed lex contractui non improba datur.*»

Cette doctrine est, en effet, à notre avis, excellente ; et nous la maintiendrons dans toutes les conventions, lors même qu'il s'agirait d'une convention de mariage et d'une constitution dotale. (Comp. art. 1440, 1548 ; et *infra* n° 642.)

Nous devons ajouter, toutefois, que la Cour de Riom a admis une doctrine contraire, dans cette dernière application (12 mars 1828, Cheminat, D., 1829, II, 50).

La Cour a déclaré valable une clause par laquelle le constituant s'était obligé, par le contrat de mariage, à servir, sur le pied de dix pour cent, les intérêts du capital de la dot, pour le cas où il serait en retard de le payer, après l'échéance.

« *Attendu,* porte l'arrêt, *qu'il n'a dépendu que du débiteur de se libérer après l'échéance du terme.* »

Cela est bien facile à dire!

Mais demandez aux débiteurs de sommes d'argent!

Combien, hélas! vous répondront que cela est très-difficile à faire, et pour plus d'un même, parfois, impossible!

Et voilà pourquoi précisément la loi leur vient en aide contre les téméraires obligations, qu'ils ont consenties!

642. — De ce qui précède, il résulte que l'intérêt moratoire ne peut pas plus *conventionnellement* que *judiciairement,* excéder le taux fixé par la loi, si ce n'est dans les cas seulement, que la loi elle-même a exceptés.

Nons avons vu que ces exceptions, au nombre de trois, s'appliquent : 1° aux papiers négociables; 2° au contrat de société, 3° au contrat de cautionnement (*supra,* n° 621).

Une nouvelle exception a, néanmoins, été présentée, d'après laquelle il faut valider la clause pénale excédant l'intérêt fixé par la loi, lorsqu'elle a été convenue entre les parties, dans la prévoyance d'un dommage spécialement déterminé, dont le débiteur a consenti à se charger.

«Par exemple, dit Duranton, si je stipulais de vous une somme payable à telle époque, pour pouvoir exercer un réméré ou empêcher qu'une clause pénale ne vînt à se vérifier contre moi, etc., etc., et que, en vous donnant connaissance de ces circonstances, je stipulais en même temps une peine pour le cas où vous ne rempliriez pas votre engagement, cette peine, quoiqu'elle excédât le taux ordinaire de l'intérêt, serait valablement convenue, parce

qu'elle ne serait point une usure déguisée, mais seulement la garantie d'un danger que j'ai voulu prévenir, et dont vous avez consenti à prendre le risque pour vous. » (T. X, n° 488.)

Cette doctrine peut en effet, au premier abord, sembler plausible.

En droit, l'intérêt moratoire n'a pour cause que la privation, que le créancier éprouve de son capital et le risque, qu'il court de le perdre, tant que le débiteur est en retard de le payer; or, il y a ici, en outre, une autre cause, à savoir : un dommage déterminé, dont le débiteur a consenti à se faire l'assureur; et cette cause est licite, sans doute; donc, ce qui, dans la clause pénale, excède l'intérêt fixé par la loi, est également licite.

En équité, cette réparation ne peut-elle pas être aussi bien justifiée? J'ai vendu, avec faculté de rachat, pour 30000 fr., un immeuble qui en vaut 50000; en cet état, je fais une convention, par suite de laquelle vous allez devenir, envers moi, débiteur d'une somme de 30 000 fr.; et je la fais, précisément afin de me procurer la somme qui m'est nécessaire pour l'exercice de ma faculté de rachat. Je vous en préviens; et vous voilà bien averti que, si vous ne me payez pas au terme convenu, vous me ferez perdre les 20 000 fr. de différence entre la valeur de mon immeuble et le prix de la vente que j'en ai consentie. Je mets donc, pour condition expresse, que vous m'indemniserez de ce dommage, si, par votre retard de me payer, le délai de la faculté de rachat expire, sans que j'aie pu l'exercer; n'est-il pas alors bien équitable, en effet, que je sois indemnisé par vous?

Aussi la jurisprudence semble-t-elle admettre cette solution, qui est enseignée aussi dans la doctrine par des jurisconsultes d'une autorité considérable. (Comp., Cass., 7 mai 1845, Charles, Dev., 1845, I, 53; Cass., 13 août 1845, Rau, Dev., 1845, I, 714; Cass., 8 juill. 1851, Dougnac, Dev., 1851, I, 501; Toullier, t. III,

n° 267; Duranton, *loc. supra cit.*; Taulier, t. IV, p. 304, 305; Larombière, t. I, art. 1153, n° 18.)

643. — Mais, si spécieux que ces arguments puissent paraître, la conclusion, que l'on en deduit, n'en est pas moins, suivant nous, inadmissible; et nous tenons, au contraire, pour certain qu'il faut déclarer nulle toute clause pénale qui stipule un intérêt moratoire supérieur à l'intérêt fixé par la loi, lors même qu'elle aurait été convenue, en vue d'un dommage déterminé, qui serait venu à se réaliser :

1° Nous pouvons d'abord invoquer les traditions anciennes, qui sont formelles :

« *Fœnam pro usuris stipulari nemo, supra modum usu-* « *rarum licitum, potest,* » disait Modestinus, en Droit romain (l. 44, ff. *de usuris*).

Telle était aussi, dans notre ancien Droit français, la doctrine de Pothier (n° 172).

Et on peut voir les termes énergiques, par lesquels Dumoulin justifiait la nécessité d'un tarif invariable et indépendant des stipulations des parties :

« *Ne his sanctionibus fraus fieret, necesse fuit omnem* « *casualis interesse prœtextum et causationem semel ampu-* « *tare et excludere!...* » (n° 92).

2° Nos textes modernes ne sont pas moins clairs.

Que porte, en effet, l'article 1153?

« Dans les obligations qui se bornent au payement « d'une certaine somme, *les dommages-intérêts ne consis-* « *tent* JAMAIS que dans la condamnation aux intérêts fixés « par la loi.... »

Voilà la règle! elle est absolue; et elle ne comporte d'autres exceptions que celles qui y ont été admises par la loi elle-même;

Or, l'exception, que l'on prétend y introduire, n'est pas de ce nombre;

Donc, elle retombe nécessairement sous l'empire de la règle!

3° C'est que cette règle, en effet, ne peut rendre les services que le législateur en attend, que sous la condition précisément qu'elle sera absolue!

Qu'on se rappelle le motif essentiel, qui lui sert de base (*supra*, n° 616)! ce qu'elle veut éviter, c'est la discussion du fait! or, admettez l'exception, que l'on propose; et voilà, au contraire, la lice ouverte à toutes ces discussions, dont le législateur avait pour but de tarir la source! et nous ajoutons aussi, la lice ouverte à toutes les simulations et à toutes les fraudes!

Cela nous paraît impossible (comp. Marcadé, art 1153, n° 1; Colmet de Santerre, t. V, n° 70 *bis*, IV; Pont, du Prêt, art. 1907, n°s 286, 287).

644. — 2° Il nous reste à savoir si la convention des parties peut modifier les conditions de la mise en demeure du débiteur et l'époque, à compter de laquelle les intérêts sont dus (*supra*, n° 635).

La règle est, avons-nous dit, que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande en justice (art. 1153).

Eh bien! les parties peuvent-elles convenir que les intérêts seront dus, soit en vertu d'un commandement ou d'une sommation, soit même sans commandement ni sommation, de plein droit, par la seule échéance du terme?

Nous le croyons ainsi, et qu'aucun texte ni aucun principe n'y fait obstacle (arg. de l'article 1139).

Objectera-t-on que, pourtant, la loi a voulu que le débiteur fût averti du moment où la somme principale, qui fait l'objet de son obligation, allait recevoir cet accroissement des intérêts?

C'est le motif, en effet, par lequel nous avons expliqué l'article 1153.

Mais on ne doit pas, suivant nous, en déduire cette conséquence extrême, que le débiteur ne peut pas, d'avance, se tenir pour averti, et dispenser le créancier de former contre lui une demande en justice (comp. Larombière, t. I, art. 1153, n° 39).

III.

Les règles, qui viennent d'être exposées sur les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution des obligations, qui se bornent au payement d'une certaine somme, sont-elles applicables aux intérêts des intérêts?

SOMMAIRE.

645. — Exposition. — Division.
646. — 1° Le créancier peut-il obtenir les intérêts des intérêts?
647. — De l'anatocisme, en droit romain.
648. — De l'anatocisme, dans notre ancien droit français.
649. — De l'anatocisme, dans la législation intermédiaire.
650. — Explication historique et philosophique. — Des dangers de l'anatocisme.
651. — De l'anatocisme, sous le Code Napoléon.
652. — Il faut que les intérêts, pour pouvoir eux-mêmes produire des intérêts, soient dus au moins pour une année entière. — *Pour* une année, dit le texte, et non pas *depuis* une année. — Explication.
653. — Ne doit-on compter que les années accomplies et toutes rondes, en négligeant les fractions d'années, qui se trouveraient en sus d'une ou de plusieurs années accomplies?
654. — Suite — Exposition.
655. — *a.* La convention que les intérêts pour une année au moins, produiront eux-mêmes des intérêts, *après* qu'ils seront échus, peut-elle être faite, *avant* qu'ils soient échus?
656. — Suite.
657. — *b.* Peut-on convenir que des intérêts échus et dus, au moment de la convention, pour moins d'une année entière, pour six mois, par exemple, ou pour trois mois, produiront eux-mêmes des intérêts? — Exposition.
658. — Suite.
659. — Suite.
660. — Il est une certaine espèce de revenus, qui ne sont pas soumis à la règle édictée par l'article 1154, et qui peuvent produire des intérêts, quoiqu'ils ne soient pas dus pour plus d'une année. — Explication.
661. — Suite.
662. — Suite.
663. — Suite. — Des intérêts des sommes portées dans un compte courant commercial.
664. — En quoi consiste l'exception, que l'article 1155 apporte à l'article 1154? et quelle en est l'étendue?
665. — 2° A compter de quelle époque les intérêts des intérêts peuvent-ils être dus?
666. — Suite.
667. Il n'est pas nécessaire que la dette soit liquide, pour que la demande ou la convention puisse faire courir les intérêts, soit du capital, soit des intérêts.

645. — Les deux règles, dont nous venons de fournir le développement, peuvent se résumer ainsi :

1° Le créancier peut obtenir les intérêts de la somme principale, qui lui est due ;

2° Il ne peut les obtenir que par une demande en justice ou par une convention.

Nous avons maintenant à examiner si ces deux règles sont applicables aux intérêts des intérêts.

646. — 1° Et d'abord, le créancier peut-il obtenir les intérêts des intérêts.

L'article 1154 est ainsi conçu :

« Les intérêts échus des capitaux peuvent produire « des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par « une convention spéciale, pourvu que, soit dans la de- « mande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts « dus, au moins, pour une année entière. »

Ainsi, notre Code admet que les intérêts peuvent eux-mêmes produire des intérêts ; et il autorise l'*anatocisme.*

On appelle ainsi le redoublement des intérêts, ανα τοκος, nouveau... produit, *iterum fœtus*, le produit du produit, c'est-à-dire la capitalisation des intérêts, qui deviennent, à leur tour, un capital productif d'intérêts nouveaux.

Mais, en l'autorisant, notre Code le limite ; et il ne permet cette reproduction qu'autant qu'il s'agit d'intérêts dus au moins pour une année entière.

647. — Cette disposition législative, même ainsi limitée, n'en est pas moins notable ; et il n'est pas inutile de remarquer, pour les conséquences, que nous aurons à en déduire, qu'elle constitue une importante dérogation à toutes les traditions antérieures.

Le droit romain ancien distinguait la capitalisation *des intérêts échus* d'avec celle *des intérêts à échoir ;* la première seule était permise ; la seconde était défendue (L. XXVI, § 1 ff. *De condict. indeb.*)

Mais Justinien, supprimant toute distinction entre les

intérêts *præteriti temporis* et les intérêts *temporis futuri*, défendit, d'une manière absolue, la capitalisation des uns et des autres :

« ... *ut nullo modo a debitoribus usuræ usurarum exi-*
« *gantur...* » (L. XXVIII, Code, *De usuris.*)

648. — Tel était aussi notre ancien droit français.

On y admettait bien, il est vrai, que *les intérêts légaux* pouvaient produire d'autres intérêts, par l'effet d'une demande en justice, ou par l'effet d'une convention qui les convertissait en un capital de constitution de rente; comme les intérêts d'une dot, d'un douaire, d'un prix d'immeuble, d'arrérages de cens, de rentes foncières, de loyers ou de fermages (comp. *infra* n° 660; Lecamus, *des Créances*, p. 185; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. v, sect. I, n° 10; Bourjon, *Droit comm. de la France*, t. I, chap. VII, n° 25).

Quant aux *intérêts judiciaires*, la capitalisation en était sévèrement défendue.

Et c'est à peine s'il est nécessaire de dire que cette défense s'appliquait également *aux intérêts conventionnels;* puisque, en ce temps, le capital lui-même qui faisait l'objet de la convention, ne pouvait pas produire d'intérêts; mais, du moins, s'y appliquait-elle dans ceux des contrats, où le capital pouvait être productif d'intérêts; et c'est ainsi que les arrérages de rentes constituées à prix d'argent ne pouvaient pas produire d'intérêts (comp. *infra* n° 661.)

L'Ordonnance de 1673, sur le commerce, maintenait, à cet égard, la prohibition romaine dans des termes aussi énergiques :

« Les négociants, marchands, et aucun autre ne pour-
« ront prendre l'intérêt de l'intérêt, sous quelque pré-
« texte que ce soit. » (Tit. VI, art. 2.)

Et, afin de mieux assurer l'effet de cette prohibition, l'article 1 du même titre défendait de comprendre l'inté-

rêt avec le principal dans la lettre ou le billet de change ou autre acte.

Rappelons toutefois l'exception, par suite de laquelle les intérêts touchés par les tuteurs pour les mineurs, comme ceux que les tuteurs eux-mêmes pouvaient leur devoir, produisaient, à leur tour, des intérêts ; exception fondée sur la faveur de la minorité ; c'est en ce sens que le compte devait être fait, comme il doit être fait encore, par *échelle* ou *par échelette* (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 611.)

649. — Enfin, chose notable ! la défense de la capitalisation des intérêts subsista même durant la législation intermédiaire, sous ce régime pourtant, qui avait rendu toute liberté à la convention des parties sur le taux de l'intérêt.

Et ces mêmes lois, qui proclamaient que l'argent est une marchandise comme une autre, n'en continuèrent pas moins de prohiber l'anatocisme !

Telle est du moins l'opinion commune, que nous croyons aussi la plus vraie (comp. Cass., 28 frimaire an XII ; Merlin, *Répert.*, v° *Anatocisme ; Voy.* pourtant Cass., 15 nov. 1813).

650. — Cette longue et permanente proscription, qui n'a pas cessé, à travers les siècles, de poursuivre l'anatocisme, suffirait à en démontrer les dangers !

Tous les législateurs ont compris, en effet, combien ils sont redoutables, et qu'on ne saurait mettre, dans le patrimoine du débiteur, un germe de ruine plus actif et plus dévorant !

Ceux-là mêmes, qui sont les plus habitués et les plus habiles dans les calculs des intérêts composés, s'étonnent et s'effrayent de la rapidité prodigieuse avec laquelle les intérêts, s'ajoutant successivement aux intérêts, grossissent le capital ! mais combien y en a-t-il, qui n'ont ni cette habitude, ni cette habileté ! combien, qui peuvent bien se rendre compte de l'aggravation, que les intérêts

du capital ajouteront à leur dette, mais qui ne se font nullement une idée exacte de l'énorme aggravation, qu'y ajouteront les intérêts des intérêts!

Ce péril, qui est commun *aux intérêts échus* et aux *intérêts à échoir*, se complique, en ce qui concerne ceux-ci, d'un autre péril encore, et des plus graves! nous voulons dire de cette espérance même et de cette illusion, que le débiteur conçoit toujours de pouvoir s'y soustraire, dans le moment où il souscrit la convention qui l'y expose, c'est-à-dire dans le moment de la détresse, où le besoin d'argent l'aveugle sur les conditions ruineuses auxquelles la nécessité le fait consentir; illusion funeste, par laquelle il se flatte que, s'il ne peut pas payer le capital, il pourra du moins payer les intérêts!

Et puis, s'il arrive, comme il arrive souvent, lors de l'échéance, qu'il ne peut pas plus payer les intérêts que le capital, voilà l'anatocisme déchaîné sur lui, c'est-à-dire, voilà très-souvent son désastre et sa ruine!

Aussi, les rédacteurs de notre Code avaient eux-mêmes, d'abord conservé la défense absolue de l'anatocisme; et l'article 51 du projet de l'an VIII, de la commission du gouvernement, était ainsi conçu :

« Il n'est point dû d'intérêts d'intérêts.

« Mais les sommes dues pour des revenus, tels que « baux à ferme, loyers de maisons, restitutions de « fruits, forment des capitaux, qui peuvent produire « des intérêts.

« Il en est de même des intérêts, qu'un tiers paye « pour un. débiteur à son créancier. » (Fenet t. II, p. 147.)

Mais cet article fut supprimé, à la suite d'une discussion fort intéressante dans laquelle M. Treilhard prit la plus grande part, et où il finit, en effet, par faire triompher l'opinion, qu'il défendait.

« Maintenant, dit-il, le système est changé; le prêt à

intérêt est autorisé; il faut donc que les principes adoptés autrefois par les tribunaux sur les intérêts licites, soient étendus à ceux que produit le prêt, puisqu'on ne peut admettre le système du prêt à intérêt, sans en admettre également toutes les conséquences. » (Locré, *législat. civ.*, t. XII, p. 153, 154.)

C'est dans le même sens que M. Bigot-Préameneu déclara que : « l'on a regardé comme une conséquence de la faculté généralement accordée de stipuler des intérêts, la faculté de les stipuler et le droit de les demander en justice, *même pour les sommes provenant d'intérêts échus;* mais que, en même temps, on a prévenu l'abus dont se rendent coupables les usuriers, par des accumulations trop fréquentes des intérêts avec les capitaux, pour faire produire aux sommes provenant de ces intérêts, des intérêts nouveaux. » (Locré, *supra*, p. 334.)

Et de là, en effet, cette restriction de notre article, d'après laquelle les intérêts ne peuvent produire des intérêts, que sous la condition qu'ils seront dus au moins pour une année entière.

651. — Ainsi donc, sous notre droit nouveau, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation, qui a pour objet une somme d'argent, peuvent consister non-seulement dans les intérêts du capital, mais encore dans les intérêts des intérêts stipulés en compensation de la jouissance de ce capital.

C'est-à-dire, que les intérêts *compensatoires* peuvent, de même que la somme principale, produire des *intérêts moratoires*, lorsqu'ils sont dus au moins pour une année entière.

652. — Nous disons, avec le texte, *pour une année,* et non pas *depuis une année.*

Il n'importe, en effet, nullement depuis quand les intérêts sont dus.

Ce qu'il faut, c'est qu'ils soient dus POUR une année, c'est-à-dire qu'ils soient la compensation et le prix de

la jouissance que le débiteur a eue du capital PENDANT une année.

Il serait donc impossible de faire produire des intérêts à des intérêts, qui seraient dus *pour moins d'une année*, lors même qu'ils seraient dus *depuis plus d'une année*. (Comp., Paillet, *Encyclopédie du droit*, v° *Anatocisme*, n°s 6 et 10.)

653. — Mais en faut-il conclure que l'on ne doive compter que les années accomplies et toutes rondes, en négligeant les fractions d'années, qui se trouveraient en sus d'une ou de plusieurs années accomplies.

Vous me devez, pour une somme d'argent que je vous ai prêtée, des intérêts pour dix-huit mois, c'est-à-dire, pour une année entière et pour une moitié d'année.

Puis-je obtenir de vous les intérêts de tous ces intérêts, non-seulement de ceux de l'année entière, mais encore de ceux de la demi-année?

Assurément!

Nous n'y voyons aucune objection ni dans le texte de la loi, ni dans ses motifs :

1° Le texte de l'article 1154 se borne à décider qu'il faut que les intérêts, pour produire eux-mêmes des intérêts, soient dus *au moins* pour une année; c'est-à-dire qu'il établit seulement un *minimum*, *au-dessous* duquel l'anatocisme est défendu ;

Mais n'établit pas un *maximum*, *au-dessus* duquel la défense subsisterait encore.

L'article exige *au moins* une année entière, c'est-à-dire un nombre de mois, qui ne soit pas *inférieur* à douze;

Mais il n'exige pas *au plus* une année entière, c'est-à-dire un nombre de mois, qui ne soit pas *supérieur* à douze.

2° Le motif de la loi est d'ailleurs, en ce point, d'accord avec son texte.

Ce que la loi veut empêcher, c'est la capitalisation trop souvent renouvelée des intérêts; elle s'oppose à ce que

les intérêts deviennent eux-mêmes trop vite un capital producteur d'intérêts; et elle prescrit qu'ils soient dus au moins pour une année entière.

Eh bien! n'est-elle pas ici satisfaite, et même au delà de sa prescription, puisque les intérêts, dont il s'agit, sont dus *pour plus* d'une année!

Objectera-t-on que, pourtant, le premier semestre de la seconde année, que nous ajoutons à l'année accomplie, va produire des intérêts avant le second semestre, qui devait compléter la seconde année; et, que par conséquent, le créancier capitalisera ce semestre plus tôt que s'il avait capitalisé exactement les intérêts d'année en année?

Il est vrai!

Mais, en revanche, le second semestre de la seconde année, qui aurait pu produire des intérêts aussitôt après l'expiration de cette année, n'en pourra plus produire qu'après l'expiration du premier semestre de la troisième année; de sorte que, si l'un des semestres est AVANCÉ, l'autre semestre est RECULÉ!

Nous concluons donc que c'est seulement un *minimum*, et non pas un *maximum* qui est établi par l'article 1154. (Comp. Bordeaux, 17 déc. 1842, Braud, Dev., 1842, II, 99; Cass., 17 mai 1865, Morin, Dev., 1865, I, 250; Colmet de Santerre, t. V, n° 71 *bis*, V; Larombière, t. I, art. 1154, n° 4.)

654. — Mais voici deux questions, bien plus graves, que l'article 1154 a fait naître.

Nous allons les poser en même temps, l'une à la suite de l'autre, parce qu'elles se tiennent, en effet, et que la solution de la première peut n'être pas sans influence sur la solution de la seconde :

a. — La convention que les intérêts pour une année au moins, produiront eux-mêmes intérêts APRÈS qu'ils seront échus, peut-elle être faite AVANT qu'ils soient échus?

b. — La convention que les intérêts pour moins d'une année, pour six mois par exemple, ou pour trois mois, produiront eux-mêmes des intérêts, peut-elle être faite après qu'ils sont échus ?

655. — *a.* — Nous demandons, d'abord, si les parties peuvent convenir, d'avance, que les intérêts, au fur et à mesure qu'ils seront échus d'année en année, produiront des intérêts ?

Ou si, au contraire, cette convention ne peut être faite qu'après que les intérêts sont échus ; de telle sorte qu'elle devrait être renouvelée, d'année en année, après chaque échéance ?

Je vous prête 100 000 fr. pour cinq ans, à cinq pour cent ; et, dans le contrat même de prêt, je stipule que, après l'expiration de la première année, vous me devrez les intérêts des intérêts de cette année ; c'est-à-dire d'un capital, désormais, de 105 000 fr. et ainsi de suite, les intérêts des intérêts s'ajoutant, d'année en année, au capital, jusqu'à l'échéance.

Une telle convention est-elle valable ?

L'affirmative paraît prévaloir dans la jurisprudence ; et elle est enseignée aussi dans la doctrine, par des jurisconsultes d'une grande autorité :

1° La règle générale est, dit-on, que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation (art. 1130) ; et cette règle doit être applicable aux intérêts à échoir, à moins qu'il n'existe, en ce qui les concerne, un texte ou un principe spécial, qui s'y oppose.

Or, on ne trouve ici ni l'un ni l'autre de ces obstacles.

D'abord, le texte de l'article 1154 ne s'y oppose pas ; ce qu'il exige seulement, c'est que des intérêts ne puissent produire eux-mêmes des intérêts nouveaux qu'autant qu'ils seront *dus pour une année au moins ;* or, dans notre hypothèse, le texte est satisfait, puisque la convention, quoique faite d'avance, est telle que ce n'est qu'a-

près que les intérêts *seront dus pour une année entière*, qu'ils produiront eux-mêmes des intérêts.

2° Cet argument prouve, en même temps, qu'on ne saurait non plus objecter le motif sur lequel la loi est fondée.

« Le but, que le législateur s'est proposé, dans l'article « 1154, dit Duranton, a été, uniquement, de prévenir « l'usure ; d'empêcher que, par des conventions insérées « dans des contrats de prêt ou autres, on ne fît pro- « duire des intérêts à d'autres intérêts, qui seraient dus « pour moins d'une année de jouissance du capital ; « qu'on ne fît, en un mot, des prêts *à la petite semaine*, « comme on dit quelquefois ; ce qui n'a pas lieu le moins « du monde dans l'espèce en question. » (Cité, *infra*.)

3° Bien plus! l'article 1154 serait tout à fait inutile, s'il avait seulement voulu autoriser la convention par laquelle les parties feraient produire de nouveaux intérêts à des intérêts déjà échus pour une année entière.

Est-ce que cela n'allait pas de soi, sous une législation, qui permet de stipuler les intérêts de l'argent? ces intérêts déjà échus pour une année, forment, en effet, au profit du créancier, un capital comme un autre, dont il est d'évidence qu'il peut stipuler les intérêts, comme de tout autre capital! Et si c'était là ce que l'article 1154 a voulu dire, il n'aurait, en réalité, rien dit! sa disposition n'a donc de sens et de portée pratique, qu'autant qu'elle s'applique aux intérêts à échoir.

4° Enfin, on ajoute que cette clause, par laquelle les parties conviennent d'avance que les intérêts seront capitalisés pour produire eux-mêmes des intérêts, au fur et à mesure de leurs échéances annuelles, se recommande par de puissantes considérations d'utilité.

Voilà, un homme, qui est destiné à avoir, dans un avenir plus ou moins prochain, une grande fortune, 50 000 francs de rentes peut-être, mais qui n'a, dans le présent, qu'un modique revenu, peut-être seulement de

5000 fr. C'est un nu-propriétaire, par exemple, dont les terres sont grevées d'un usufruit, qui les rend, pour lui, stériles. Cependant, le moment est venu de doter sa fille, d'établir son fils. Permettez-lui la convention, dont il s'agit; et il pourra, dès maintenant, établir son fils et doter sa fille, dans les conditions sociales de famille et de fortune, qui seront un jour les siennes; quoi de plus naturel et de plus légitime! tandis qu'il en sera peut-être empêché absolument, si cette ressource lui est refusée.

De tous ces motifs, on conclut que la clause en question est valable. (Comp. Montpellier, 20 juin 1839, de Saint-Albin, Dev., 1839, I, 497; Cass., 11 déc. 1844, de Gras-Préville, Dev., 1845, I, 97; Cass., 10 août 1859, Theriot, Dev., 1860, I, 456; Dijon, 26 avril 1866, Voirret, Dev., 1866, II, 347; Delvincourt, t. II, p. 536, 537; Toullier, t. III, n° 271; Duranton, tome X, n° 499; Taulier, t. IV, p. 405; Rolland de Villargues, *Répert.* v° *Intérêts*, n° 104; D., Rec alph., v° *Prêt à intérêt*, n° 149; Massé et Vergé sur Zachariæ, tome III, p. 403; Aubry et Rau, t. III, p. 72; Paillet, *Encyclopédie du Droit*, v° *Anatocisme*, n° 6; Larombière, t. I, art. 1154, n° 6.)

656. — Cette conclusion pourtant, malgré l'imposante autorité des suffrages qui l'appuient, n'est, à notre avis, nullement juridique; et nous croyons pouvoir en fournir la preuve : soit d'après le texte même de nos articles; soit d'après les discussions législatives, qui les ont préparés; soit enfin d'après les véritables principes de cette matière :

1° Et d'abord, que la doctrine, que nous venons d'exposer, soit contraire au texte des articles 1154 et 1155, cela est, pour nous, très-certain.

Aux termes de l'article 1154, « les intérêts *échus* des « capitaux peuvent produire des intérêts ou *par une de-* « *mande judiciaire, ou par une convention*, pourvu que, « dans la demande ou dans la convention, il s'agisse « d'intérêts *dus* au moins pour une année entière. »

Ainsi, ce que la lettre même de la loi exige, c'est que la convention ait pour objet des intérêts *échus*... des intérêts *dus*, au moment où elle est faite.

Or, au contraire, on suppose que, au moment où la convention a été faite, les intérêts n'étaient pas *échus*, qu'ils n'étaient pas *dus*;

Donc, cette convention viole l'article 1154.

On objecte que la convention elle-même porte que les intérêts ne produiront des intérêts qu'après qu'ils seront *échus et dus!*

Mais cette objection méconnaît absolument le vrai sens des mots de notre article.

Ces mots, en effet, n'ont pas du tout pour but de dire que les intérêts ne produiront eux-mêmes des intérêts qu'après leur échéance! cela n'avait pas besoin d'être dit; et apparemment, nul n'aurait songé à prétendre, par exemple, que les intérêts de l'année 1867 produiraient des intérêts dans l'année 1866, avant même qu'ils fussent *échus* et *dus!*

Ainsi compris, l'article serait plus qu'inutile! il serait d'une naïveté inexplicable!

Mais la pensée en est tout autre; et elle a, au contraire, une portée profonde.

Ce qu'il signifie, ce n'est pas que les intérêts ne pourront produire des intérêts, par convention, qu'*après* qu'ils seront *échus et dus* (ce qui est, nous le répétons, de toute évidence!); c'est que la convention elle-même, qui leur fera produire de nouveaux intérêts, ne pourra avoir lieu *qu'après* qu'ils seront eux-mêmes échus et dus.

Et voilà aussi la pensée, que renferment, suivant nous, ces mots : *convention spéciale*, qui expriment la nécessité d'une convention nouvelle et *spéciale*, en effet, pour chaque année nouvelle d'intérêts.

2° Cette proposition est incontestable, en ce qui concerne la demande en justice; car le créancier, bien en-

tendu, ne peut demander, en justice, que son débiteur soit condamné au payement des intérêts qu'après que les intérêts sont échus et dus (comp. Cass., 14 juin 1837, Monastier, Dev., 1837, I, 484; Riom, 21 juillet 1840, Beal, Dev., 1840, II, 456; Cass., 17 mai 1865, Morin, Dev., 1865, I, 250);

Or, l'article 1154 met absolument sur la même ligne *la demande* et *la convention*; et il les soumet aux mêmes règles, puisque sa disposition unique et indivisible s'applique, dans les mêmes termes, à l'une et à l'autre;

Donc, il faut que les intérêts, pour pouvoir produire des intérêts, soient *échus* et *dus*, au moment de la convention, dès que l'on reconnaît qu'il faut qu'ils soient *échus* et *dus*, au moment de la demande.

Cette assimilation nous semble irrésistible; et nous avouerons respectueusement qu'il existe, à notre estime, une contradiction, dans la jurisprudence, entre les arrêts (cités *supra*), qui décident que *la demande* ne peut être formée que pour des intérêts *échus*, et les autres arrêts (cités, n° 655) qui décident que la *convention* peut être faite pour des intérêts *à échoir*!

3° L'inévitable assimilation *de la convention et de la demande* résulte encore, de plus en plus, de l'article 1155, qui les met également sur la même ligne, en les confondant aussi dans une disposition unique et indivisible!

Mais, bien plus encore! l'article 1155, apportant une exception à la règle de l'article 1154, dispose que certains revenus produiront des intérêt *du jour de la convention*, quoiqu'ils ne soient pas dns pour une année; donc, cet article suppose qu'il s'agit d'intérêts déjà échus *au moment de la convention!* or, le fait qui est l'objet de l'exception, ne peut être que le même fait qui est l'objet de la règle; autrement, il n'y aurait pas d'exception; donc, il s'agit, dans l'article 1154, comme dans l'article 1155, d'intérêts *déjà échus*, *au moment de la convention.*

4° Que l'on consulte les travaux préparatoires; la preuve en résulte aussi, avec une clarté que ces documents ne fournissent pas toujours aussi complète! Il n'y fut, en effet, question que de la production d'intérêts par des intérêts *déjà exigibles et liquidés au moment de la convention!*

M. Pelet demande si on pourra *joindre au capital originaire les intérêts liquidés, pour ne faire du tout qu'un seul et même capital.*

M. Cambacérès s'exprime de même :

« *Si*, dit-il, PAR UNE CONVENTION NOUVELLE, *ajoutant au capital primitif* LES INTÉRÊTS ÉCHUS, *le créancier stipulait des intérêts, qui deviendraient le prix* DE CE NOUVEAU CRÉDIT, *la convention devrait avoir effet....* »

M. Regnault demande que *toute* LIQUIDATION *d'intérêts faite, soit de gré à gré, soit judiciairement, fasse produire des intérêts à la totalité des sommes*, DONT ELLE CONSTITUE DÉBITEUR. (Fenet, t. XIII, p. 61-66.)

5° Enfin, avons-nous dit, la doctrine que nous défendons est réclamée par les principes de cette matière.

La doctrine contraire méconnaît en effet ces principes, lorsqu'elle prétend que la faculté de stipuler les intérêts des intérêts est une conséquence naturelle de la faculté de stipuler les intérêts du capital!

Historiquement, d'abord, rien n'est plus inexact, à un double point de vue :

Nous avons rappelé, au contraire :

D'une part, que, sous l'empire même des législations, qui avaient laissé la liberté la plus grande aux conventions des parties sur le taux de l'intérêt du capital, la convention, qui aurait fait produire des intérêts aux intérêts, c'est-à-dire l'anatocisme, avait été défendue;

D'autre part, que, sous l'empire même des législations, qui avaient permis l'anatocisme pour les *intérêts échus*, l'anatocisme pour les *intérêts à échoir* avait été défendu (*supra*, nos 647 et suiv.).

Nous insistons sur cette observation, qui nous paraît décisive.

A l'époque où les auteurs du Code rédigent l'article 1154, ils sont en présence d'une tradition des plus anciennes et toujours persistante, d'après laquelle l'anatocisme, après avoir été permis pour les *intérêts échus* seulement et non pour les *intérêts à échoir*, se trouve défendu, sans distinction, pour les uns comme pour les autres !

Or, en cet état des précédents, quand on voit qu'ils permettent l'anatocisme seulement pour les intérêts ÉCHUS.... pour les *intérêts* DUS, en rappelant, à plusieurs reprises, ces mots, qui ont précisément, dans cette matière de l'anatocisme, une acception très-significative, par leur antithèse avec les *intérêts* A ÉCHOIR, auxquels on les a toujours opposés, comment ne pas reconnaître qu'ils n'ont effectivement entendu permettre l'anatocisme que suivant l'ancienne distinction, pour les intérêts *échus*, *præteriti temporis,* et non pour les intérêts à échoir, *futuri temporis !*

La formule même de l'article 1154, cette formule *permissive*, témoigne que les rédacteurs prononcent la levée d'une ancienne défense ;

Or, ils ne prononcent cette levée que pour la défense de l'anatocisme appliqué aux intérêts *échus* pour plus d'une année ;

Donc, ils maintiennent l'ancienne défense pour l'anatocisme appliqué aux intérêts *à échoir*.

6° Et ils se sont montrés, suivant nous, pleins de sagesse et de prévoyance, en consacrant cette distinction.

Tout autre, en effet, est la convention, par laquelle l'emprunteur consent d'avance à ce que les intérêts *à échoir*, capitalisés au fur et à mesure de leurs échéances, produisent eux-mêmes des intérêts ; tout autre la convention nouvelle, qu'il lui faudra, chaque année, consentir pour faire produire des intérêts *aux intérêts échus !*

L'une, qui se fait dans le moment même du prêt, c'est-à-dire de la détresse et des illusions décevantes, que l'emprunteur conçoit pour l'avenir!

L'autre, ou plutôt les autres, qui ne se font qu'après, et par lesquelles le débiteur est, d'année en année, averti qu'il met dans son patrimoine un germe dévorant qui peut amener sa ruine. Cette considération générale est excellente et ne saurait être contrebalancée par l'avantage que pourrait offrir peut-être, dans quelques circonstances particulières, la faculté de s'engager d'avance à servir les intérêts des intérêts à échoir; aussi bien, est-il très-rare qu'il soit prudent d'*escompter* ainsi l'avenir!

Tels sont les motifs qui nous portent à considérer comme nulle la clause par laquelle il a été convenu d'avance que les intérêts *à échoir* produiraient des intérêts au fur et a mesure de leurs échéances annuelles.

Et cette nullité, nous l'appliquerons dans tous les cas, soit qu'il s'agisse d'intérêts *conventionnels,* soit qu'il s'agisse d'intérêts *moratoires,* c'est-à-dire sans distinguer si le débiteur avait ou n'avait pas, d'après la convention, la faculté de payer, chaque année, les intérêts échus (comp. Nîmes, 13 févr. 1827, Maurin, Dev., 1827, II, 108; Jug. du trib. civ. de Montpellier, du 2 juin 1838, réformé, suivant nous, *in pejus*, par la Cour (*supra*, n° 655; Poujol, art. 1154, n° 7; Marcadé, art. 1154, n° 111; Mourlon, *Répet. écrit,* t. II, p. 515, qui cite, en ce sens, M. Valette; Colmet de Santerre, t. V, n° 71 *bis*, III).

657 — *b.* Voici maintenant notre seconde question (*supra*, n° 654).

Peut-on convenir que des intérêts échus et dus au moment de la convention, pour moins d'une année entière, pour six mois, par exemple, ou pour trois mois, produiront eux-mêmes des intérêts?

Les termes de la question impliquent, comme on voit, que des intérêts peuvent être *échus* et exigibles pour moins d'une année entière; et nous considérons, en effet,

ce point de départ comme certain; aussi bien, n'y fait-on pas, dans la pratique universelle, le moindre doute.

Ce n'est pas pourtant que cette prémisse soit exempte d'objections :

1° En effet, le législateur du 3 septembre 1807, pour limiter le taux de l'intérêt de l'argent, a pris, conformément aux traditions anciennes, pour unité de temps l'année, c'est-à-dire qu'il a voulu que l'emprunteur eût, pour prix de cet intérêt, la jouissance du capital tout entier pendant l'année entière; or, si on admet que les intérêts seront payables par semestres, ce payement ainsi fractionné lui fera perdre, pendant tout le second semestre, la jouissance de ce qu'il aura payé à la fin du premier; donc, il n'aura pas eu, pendant l'année entière, la jouissance de tout le capital ; et il se trouvera payer ainsi un intérêt supérieur au taux fixé par la loi.

2° Est-ce que la volonté du législateur de n'autoriser que des intérêts payables *par année*, ne résulte pas aussi de l'article 1154, dont la théorie est, à cet égard, conforme à celle de la loi du 3 septembre 1807?

3° Qu'a voulu le législateur? Il a voulu certainement garantir le débiteur de l'accroissement rapide et énorme que sa dette pourrait recevoir, s'il était possible de diviser contre lui l'année d'intérêts en plusieurs fractions et de multiplier le retour des échéances, par lesquelles les capitalisations d'intérêts s'accumuleraient successivement les unes sur les autres ; or, voilà le débiteur destitué de cette protection, si l'on considère comme valable la convention, qui porte que les intérêts seront payables tous les six mois, ou tous les trois mois.... et pourquoi pas aussi tous les mois ou tous les quinze jours ! et l'on arrive à légitimer toutes les usures, jusqu'au prêt à la petite semaine !

Ces considérations ne sont pas certainement dépourvues de gravité.

Mais à quoi bon! le courant est irrésistible; ce n'est

pas seulement dans le monde des affaires, c'est au Palais et à l'École, et partout, que cette convention est admise.

Ce que l'on peut répondre, pour l'expliquer du moins au point de vue juridique, c'est que la loi du 3 septembre 1807, en fixant le taux des intérêts, n'a rien fixé quant à l'époque du payement, et que l'on peut, dans son silence, présumer qu'elle s'en est, sur ce point, remise à l'usage général; or, d'après l'usage généralement observé depuis longtemps, les intérêts sont payables par semestre; cette observation est particulièrement exacte, en ce qui concerne la constitution de rente perpétuelle; or, dans le langage du Code, cette constitution est un *prêt* (art. 1909); et c'est surtout des *arrérages* des rentes constituées qu'il est vrai de dire qu'ils sont, dans la pratique universelle, payables par semestre; l'État lui-même en donne l'exemple.

Remarquons enfin qu'il semble résulter aussi de l'article 1155, que des intérêts peuvent être dus pour moins d'une année, puisque, si un tiers les paye au créancier en acquit du débiteur, ils peuvent produire des intérêts, par exception à la règle posée dans l'article 1154, c'est-à-dire, par conséquent, quoiqu'ils soient dus pour moins d'une année. Une induction semblable pourrait être tirée encore de l'article 2277.

Quoi qu'il en soit de ces divers arguments en sens contraire, qui pourraient bien prouver ensemble que le législateur n'a pas coordonné tout ceci d'une manière très-concordante, il faut tenir pour certain que les parties peuvent, par leur convention, distribuer, quant aux époques, le payement des intérêts comme elles l'entendent. Il convient toujours seulement de réserver aux magistrats le pouvoir de déjouer l'usure, si elle se cachait sous quelque combinaison de ce genre.

658. — Supposons donc que cette convention, qui est possible, a été faite.

Je vous ai prêté 100 000 francs pour six mois à 2 1/2 pour 100.

Ou bien, je vous ai prêté 100 000 francs pour trois ans avec intérêts à 5 pour 100, payables chaque année tous les six mois.

Pouvons-nous, dans l'un et dans l'autre cas, convenir, après l'échéance des six mois, que ces intérêts, échus et dus, produiront eux-mêmes des intérêts?

Après les développements, que nous venons de fournir, et les concessions qu'il a fallu faire à une pratique constante, on ne saurait nier que cette question offre une difficulté sérieuse.

Aussi, trois solutions différentes sont-elles en présence :

I. La première enseigne que cette convention est valable dans tous ces cas ; « on ne voit pas, dit Duranton, pourquoi le créancier, à qui des intérêts sont dus, ne pourrait pas en faire l'objet d'un nouveau prêt au même débiteur. » (T. X, n° 499 ; comp. Cass. 21 nov. 1820, Sirey, 1821, I, 308; Paris, 26 mars 1831, Dev., 1831, II, 249; Paillet, *Encyclop. du Droit*, v° *Anatocisme*, n° 7 ; Taulier, t. IV, p. 305 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 403.)

II. La seconde solution décide que cette convention est valable ou nulle, suivant les circonstances.

Est quæstio facti, disent nos savants collègues, MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. III, p. 72) :

Valable, si elle a été faite sérieusement et de bonne foi, notamment si elle n'a pour but que d'épargner des frais au débiteur ;

Nulle, dans le cas contraire, et si elle est entachée d'usure (comp. Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Prêt à intérêt*, p. 142).

III. Enfin, il est une dernière solution, qui décide que cette convention doit être déclarée nulle dans tous les cas.

C'est celle que nous croyons devoir proposer, parce qu'elle nous paraît la plus conforme au texte même de la loi et à son motif essentiel :

1° L'article 1154 met sur la même ligne *la demande* et *la convention;*

Or, *par la demande,* le créancier ne peut pas obtenir que des intérêts dus pour moins d'une année entière, produisent eux-mêmes des intérêts ; et une décision judiciaire, qui prononcerait une telle condamnation contre le débiteur, devrait être cassée, pour violation du texte de notre article ;

Donc, le créancier ne peut pas davantage, par convention, obtenir que les intérêts dus pour moins d'une année produisent eux-mêmes des intérêts.

C'est le même argument que nous avons déjà présenté sur la question précédente (n° 656) ; le même, et cette fois encore, à notre estime, aussi tranchant !

Est-ce qu'il se peut, en effet, que le droit du créancier aux intérêts de son argent, dépende du bon vouloir, ou même du bon plaisir du débiteur ? et comprendrait-on qu'il ne fût pas possible au créancier d'obtenir, contre lui, judiciairement, les mêmes intérêts qu'il pourrait obtenir conventionnellement !

Non certes !

Or, il nous paraît incontestable que le créancier ne pourrait pas obtenir judiciairement les intérêts d'un semestre d'intérêts;

Donc, il ne doit pas pouvoir non plus les obtenir conventionnellement.

2° Le motif essentiel de la loi l'exige, d'ailleurs, ainsi ! autrement, voilà le débiteur livré, sans protection, à ce danger redoutable, contre lequel elle a voulu le prémunir, de la division de l'année en petites fractions, qui, en ramenant fréquemment les échéances d'intérêts, vont grossir rapidement sa dette d'une manière effrayante !

3° On fait, toutefois, à notre doctrine, deux objections graves:

D'une part, dit-on, ce débiteur, qui doit une somme à son créancier, pour six mois d'intérêts, pourrait emprunter cette somme d'un tiers, avec intérêts à dater de ce nouvel emprunt; donc, il est vrai que, d'après la loi elle-même, il pourra devoir des intérêts pour des intérêts de moins d'une année; or, qu'importe qu'il les doive à son ancien créancier ou à un créancier nouveau!

D'autre part, le débiteur pourrait remettre à son ancien créancier lui-même la somme, qu'il lui doit pour six mois d'intérêts, et recevoir ensuite, et même immédiatement, de ce créancier, cette somme, avec intérêts à dater de ce nouvel emprunt; donc, il pourrait devoir, même à son ancien créancier, des intérêts pour moins d'une année; et s'il en est ainsi, la prétendue défense, que l'on veut prononcer, est dérisoire! où serait, en effet, le moyen d'empêcher cette convention nouvelle entre le créancier et le débiteur? est-ce que la tradition feinte des espèces n'équivaut pas à la tradition réelle : « *cur non acceptas* AB EODEM *usuras* BREVI MANU, *eidem renumerare sortis usuras licebit, ut ex ea pecunia novas usuras præstet;* » tel était, en effet, l'argument de Godefroy sur la Constitution de Justinien (L. VIII, Cod. *de Usuris*).

Voici notre réponse :

Nous admettons l'hypothèse de la première objection.

Nous n'admettons pas l'hypothèse de la seconde.

Oui, il se peut que le débiteur doive les intérêts d'un semestre d'intérêts à un nouveau créancier (arg. de l'art. 1155);

Non, il ne se peut pas qu'il les doive à son ancien créancier!

Avec un nouveau créancier, il n'est pas encore dans les liens de la dette; sa volonté sera plus libre, pour débattre les conditions de l'emprunt; et si l'on objecte qu'il

ne pourra peut-être plus fournir de sûretés à ce nouveau prêteur, parce qu'il a déjà fourni à l'ancien toutes celles qu'il pouvait présenter, nous répondrons : tant mieux ! car, plus sera difficile l'emprunt à faire, pour arriver à la capitalisation des intérêts dus pour moins d'une année, plus cette capitalisation sera elle-même difficile ; et c'est là précisément le but que le législateur se propose d'atteindre.

Tout autre est la position du débiteur envers son ancien créancier ; Il est, envers lui, dans les liens de la dette ; son consentement n'a plus de liberté ; voilà bien pourquoi, de ce côté-ci, la capitalisation serait très-facile ! et c'est précisément encore pour cela que le législateur a cru devoir la défendre absolument.

On objecte que la défense est vaine, et que nous ne pouvons pas empêcher cette capitalisation, puisque rien n'est plus facile, pour le débiteur et le créancier, que de simuler le payement des intérêts échus suivi d'un second prêt, qui aura pour objet la somme payée pour ces intérêts !

Il est vrai, cette fraude peut avoir lieu ; mais il ne sera pas toujours, à beaucoup près, impossible de la déjouer ; et c'est surtout en cette matière de prêts à intérêts et d'usures, que l'argument déduit de la possibilité des fraudes, n'est pas concluant, ou du moins, qu'il n'a pas été considéré comme tel par le législateur de 1804 et de 1807 ; car c'est directement en vue de toutes ces fraudes qu'il a édicté ses prohibitions !

Aussi, est-ce en vain que vous auriez *englobé* les intérêts futurs dans le capital, en stipulant que le retard dans le payement, à l'expiration de six mois, fera courir les intérêts pour le tout.

Cet expédient et tous les autres de ce genre n'y pourraient rien changer ! (comp. Limoges, 25 juill. 1865, de Foucaud, Dev., 1865, II, 284.)

Nous concluons donc qu'il faut déclarer toujours nulle

la convention entre le débiteur et le créancier, dont le but serait de faire produire des intérêts à des intérêts dus pour moins d'une année entière (comp. Cass., 18 mars 1850, Garson, Dev., 1850, I, 381; Marcadé, art. 1154, n° 111; Colmet de Santerre, t. V, n° 71 *bis*, IV; Larombière, t. I, art. 1154, n° 7).

659. — Il ne faut pourtant rien exagérer; et nous croyons que la solution, qui précède, ne serait pas applicable au renouvellement conventionnel de la créance; c'est-à-dire que la novation pourrait constituer un nouveau capital productif d'intérêts pour le tout, sous la condition, toujours, bien entendu, que cette convention serait sérieuse et de bonne foi (Larombière, *loc. supra cit.*, n°s 8-9).

660. — La prohibition de l'anatocisme, telle que nous venons de l'exposer, d'après notre Code, s'applique aux intérêts d'une somme d'argent prêtée (*supra*, n° 639).

Voilà le caractère, et, par suite, l'étendue et la limite de cette prohibition.

De là résultent des conséquences, que le législateur a cru devoir lui-même préciser, dans l'article 1155, en ces termes :

« Néanmoins, les revenus échus, tels que fermages, « loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, « produisent intérêt du jour de la demande ou de la con- « vention.

« La même règle s'applique aux restitutions de fruits « et aux intérêts payés par un tiers au créancier, en ac- « quit au débiteur. »

Et d'abord, on se rend bien compte de l'exception relative aux fermages et aux loyers.

Ce n'est même point là une exception, malgré ce mot : *néanmoins*, par lequel l'article 1155 semblerait annoncer, pour tous les revenus, dont il s'occupe, autant de dérogations à la règle posée par l'article 1154.

Les fermages et loyers, en effet, ne sont pas *des inté-*

rêts; et, par conséquent, ils étaient, par *leur nature même*, et sans qu'il fût besoin de les excepter, en dehors de la règle, qui ne statue que les intérêts.

La même observation est applicable aux restitutions de fruits dus par le possesseur de mauvaise foi. Remarquons d'ailleurs que la loi ne distingue pas entre les différentes espèces de fruits, et que, par conséquent, sa disposition les comprend tous également (comp. *supra*, n° 648; Cass., 15 janv. 1839, Constant, Dev., 1839, I, 97; art. 548, 1378, Cod. Napol.; art. 129, Cod. de Procéd.).

661. — Quant aux arrérages des rentes perpétuelles ou viagères, c'est autre chose!

Ces rentes étant, en effet, le plus souvent constituées moyennant un capital en argent, les *arrérages* présentent bien le caractère d'intérêts; et ils auraient pu être compris dans la règle de l'article 1154, si la loi ne les en eût pas exceptés.

C'est donc bien ici une exception, que nous avons à expliquer.

L'explication est très-simple, en ce qui concerne la rente viagère, dont la constitution forme un contrat aléatoire, et qui, d'après l'article 1976, *peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer.*

Mais peut-être est-il moins facile d'expliquer l'exception, en ce qui concerne la rente perpétuelle. Nous avons, en effet, remarqué déjà que le Code considère la constitution de rente perpétuelle comme un prêt (*supra*, n° 657); et nous ajoutons que la loi du 3 septembre 1807, qui limite le taux des intérêts, est, en effet, applicable au taux des arrérages de la rente; aussi, notre ancien Droit français avait-il défendu l'anatocisme pour les uns comme pour les autres (*supra*, n° 648).

Mais le législateur nouveau a pensé, et non sans raison, que la constitution de rente différait notablement du prêt ordinaire, au point de vue qui nous occupe; la position

du débiteur y est, en effet, bien plus favorable, puisqu'il ne peut jamais être contraint au remboursement, si ce n'est dans certains cas exceptionnels; et qu'il peut, en général, toujours l'offrir, en choisissant le moment et les circonstances qui lui semblent les meilleurs dans son intérêt! Et puis, enfin, ce n'est pas d'ordinaire dans les constitutions de rente perpétuelle que l'usurier exerce sa dangereuse industrie; il tient trop à conserver ses capitaux disponibles; et il se garde bien de les aliéner! et voilà pourquoi l'article 1154 ne s'applique, en effet, qu'aux intérêts des capitaux non aliénés!

662. — Enfin, les sommes payées par un tiers en acquit du débiteur, peuvent aussi produire des intérêts, du jour de la demande ou de la convention, lors même qu'ils ne sont pas dus pour une année entière.

C'est que, en effet, cette somme, relativement au tiers, qui en a fait l'avance, constitue véritablement un capital (comp. Toulouse, 4 févr. 1829, Squivier, D., 1829, II, 243).

Nous avons reconnu que le débiteur, qui emprunte à un tiers la somme qui lui est nécessaire pour payer un semestre d'intérêt à son ancien créancier, peut s'obliger à payer les intérêts de cette somme à son nouveau créancier, dès le jour de l'emprunt (*supra*, n° 658).

Or, la position du tiers qui fait une avance dans l'intérêt du débiteur, d'une caution, d'un mandataire, d'un gérant d'affaires, est certes pour le moins aussi favorable que celle d'un nouveau prêteur (art. 2028, 2001 et 1375).

663. — Telles sont les quatre *exceptions* que l'article, 1155 apporte à la règle que l'article 1154 a décrétée.

D'après une jurisprudence aujourd'hui très-accréditée, il faut en admettre une cinquième, qui est relative aux intérêts des sommes dues par compte courant commercial (*supra*, n° 633); ces sommes portées dans le compte produisent des intérêts, qui peuvent être capitalisés aux

époques périodiques où la balance du compte est arrêtée, tous les six mois ou tous les trois mois.

Pourquoi?

On a répondu que « l'article 1154 ne s'applique pas littéralement aux comptes entre négociants et banquiers, et que l'usage contraire est fondé sur la nécessité de l'exécution ponctuelle des engagements respectifs dans les transactions commerciales. » (Arrêt de la Cour de Dijon, cité *infra.*)

Si grave que cette considération puisse paraître, il est permis de ne pas la trouver décisive juridiquement; aussi, l'éminent et bien regrettable auteur de l'article *Anatocisme*, dans l'*Encyclopédie du Droit,* n'en est-il pas satisfait, quoiqu'il admette la thèse que la jurisprudence a consacrée; et il la fonde sur ce que les intérêts du reliquat d'un compte courant entre négociants étant toujours exigibles, les intérêts de ces intérêts peuvent courir, non pas en vertu d'une exception à la règle, mais en vertu de la règle elle-même de l'article 1154, telle qu'il l'interprète; nous avons vu, en effet, qu'il l'interprète en ce sens que les intérêts dus et exigibles peuvent, dans tous les cas, produire des intérêts, lors même qu'ils sont dus pour moins d'une année (*supra*, n° 658; ajout. Pardessus, *Cours de Droit comm.*, n° 475; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 403).

Or, précisément, en effet, la capitalisation des intérêts de moins d'une année, dans le compte courant commercial, n'est admise qu'autant qu'il a été convenu qu'il y aura des arrêtés de compte périodiques et effectifs, *dont le solde sera immédiatement exigible.*

Mais nous avons repoussé cette interprétation de l'article 1154; et ce moyen de fournir une explication juridique de la jurisprudence sur les intérêts des sommes dues par compte courant commercial, nous fait, par conséquent, défaut.

Ce qui est le plus vrai peut-être, c'est que la digue, que

nos lois opposent encore à toutes les stipulations relatives aux intérêts de l'argent, devient, d'après les idées économiques des temps modernes, de plus en plus difficile à maintenir; à ce point qu'elle a été emportée déjà par plus d'un côté; celui ci n'en serait-il pas encore un exemple? (Comp. Cass., 10 nov. 1818, Sirey, 1819, I, 423; Rennes, 6 janv. 1844, Cremieu, Dev., 1844, II, 378; Cass., 14 mai 1850, Jardin, Dev., 1850, I, 441; Chardon, *Du dol et de la fraude*, n° 487; Delamarre et Lepoitevin, *Du contrat de commission*, t. III, n° 498; Eugène Paignon, *Théorie légale des opérations de banque*, nos 161-175.)

Quoi qu'il en soit, l'usage commercial est constant, et même aussi la jurisprudence (comp. Cass., 10 déc. 1827, D. 1828, I, 64; Dijon, 24 août 1832, Dev., 1835, I, 334; Grenoble, 16 févr. 1836, Guttin, Dev., 1837, II, 361; Cass., 14 juill. 1840, Chevalier, Dev., 1840, I, 897; Grenoble, 24 févr. 1841, Dev., 1842, II, 91; Colmar, 27 mai 1846, Rueff, Dev., 1848, II, 481; Cass., 12 mars 1851, Pétiot, Dev., 1851, I, 401).

664. — En quoi consiste l'exception que l'article 1155 apporte à l'article 1154; et quelle en est l'étendue?

L'article 1154, tel que nous l'avons expliqué, apporte, au principe général de la liberté des conventions, deux restrictions :

1° Il ne permet pas de faire produire des intérêts à des intérêts dus pour moins d'une année;

2° Il ne permet pas de convenir d'avance que les intérêts à échoir produiront des intérêts, lors même qu'il s'agirait d'intérêts pour plus d'une année.

Ce que nous demandons, c'est à savoir si l'article 1155 lève également l'une et l'autre de ces restrictions, en ce qui concerne l'espèce de revenus ou d'intérêts, dont il s'occupe?

L'affirmative nous paraît incontestable.

Qu'il lève la première, cela est d'évidence, puisque telle est la disposition même de son texte.

Nous ajoutons qu'en levant la première, il lève par cela même la seconde.

C'est que, en effet, les deux restrictions se tiennent, et que la suppression de l'une doit amener la suppression de l'autre.

Si les loyers, les fermages, les arrérages de rentes et les restitutions de fruits peuvent produire des intérêts, quoiqu'ils ne soient pas dus pour une année au moins, c'est parce qu'ils ne sont pas *des intérêts d'un capital non aliéné*, c'est-à-dire parce qu'ils ne rentrent pas dans la prohibition portée par l'article 1154.

Et s'ils ne rentrent pas dans la prohibition, ils demeurent, de tous points, sons la règle de la liberté des conventions.

D'où il suit que les loyers, fermages, arrérages de rentes, et fruits à restituer peuvent produire des intérêts, par l'effet d'une convention antérieure à l'échéance.

Le second alinéa de l'article 1155, combiné avec l'article 2001, en fournit d'ailleurs une preuve textuelle, puisque la loi elle-même, suppléant, en quelque sorte, la convention antérieure des parties, dispose, de plein droit et, en conséquence aussi, par anticipation, que l'intérêt des avances faites par le mandataire, lui est dû par le mandant, du jour des avances constatées, (comp. Delvincourt, t. II, sur l'art. 1155; Duranton, t. X, n°s 494 et 503; Colmet de Santerre, t. V, n° 72 *bis* II; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 404).

665. — 2° Les intérêts du capital ne peuvent produire des intérêts que parce qu'on les considère désormais comme devenus eux-mêmes un capital.

Il est donc tout simple que la même règle, qui détermine à compter de quelle époque peuvent être dus les intérêts du capital, détermine à compter de quelle époque peuvent être dus les intérêts des intérêts.

C'est-à-dire que les uns comme les autres, ne peuvent

courir qu'à compter du jour soit de la demande, soit de la convention.

Au point où nous en sommes, cette règle est déjà suffisamment expliquée; et on a pu voir que la loi se montre même plus sévère, en ce qui concerne la convention relative aux intérêts des intérêts, qu'en ce qui concerne la convention relative aux intérêts du capital; l'une peut avoir lieu, en effet, antérieurement à l'échéance; et non pas l'autre! (*Supra* n° 658.)

666. — De ce que les intérêts des intérêts ne peuvent commencer à courir qu'en vertu d'une demande ou d'une convention, on a déduit la conséquence que l'on ne peut pas licitement stipuler, pour le passé, la capitalisation des intérêts dus, même pour plus d'une année.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que, aux termes « de l'article 1154, les intérêts échus des capitaux ne « peuvent eux-mêmes produire des intérêts que par une « demande judiciaire ou par une convention spéciale; « — qu'il suit nécessairement de cette disposition que « l'on ne peut stipuler, pour le passé, une capitalisation « d'intérêts, puisque, s'il en était autrement, les intérêts se « trouveraient avoir produit des intérêts sans demande « judiciaire et sans convention spéciale à cet égard; ce « qui est contraire au vœu formel de l'article précité. » (24 mai 1841, Robles, Dev., 1841, I, 643; comp. Larombière, t. I, art. 1154, n° 12.)

Cette déduction pourrait paraître contestable.

Que l'on ne puisse pas faire produire des intérêts aux intérêts *par une convention antérieure à l'échéance*, nous l'avons ainsi pensé.

Mais il s'agit ici *d'une convention postérieure à l'échéance;* et les motifs, qui s'opposent à l'une, ne semblent pas s'opposer à l'autre. (*Supra*, n° 658; comp. Duvergier sur Toullier, t. III, n° 271, note *a*.)

L'arrêt, contre lequel le pourvoi était formé, répond à

cette objection, par un argument, qui est, suivant nous, concluant.

« L'effet de la demande judiciaire ne peut s'appliquer « au passé; comment donc l'effet de la convention s'y « appliquerait-il davantage? » (Bourbon, 20 mai 1836, Dev., *loc. supra cit.*)

Nous avons aussi insisté sur l'assimilation, que les articles 1154 et 1155 établissent entre la demande et la convention; et, en effet, elle nous paraît très-exacte (Comp. *supra*, n° 658.)

667. — Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que la dette soit liquide, pour que la demande ou la convention puisse faire courir les intérêts soit du capital, soit des intérêts.

Ni le texte de nos articles, ni les principes n'exigent cette condition;

Pourvu, toutefois, que le *défaut de liquidité*, comme on a dit, ne provienne pas du fait du créancier, et que le débiteur ne soit pas en droit de lui reprocher de l'avoir mis hors d'état de se libérer par un payement ou par des offres (comp. Cass., 10 déc. 1838, Boucher, Dev., 1838, I, 968; Cass., 25 août 1845, Pellegrino, Dev., 1845, I, 705; Cass., 18 mai 1846, Abeille, Dev., 1846, I, 375; Cass., 11 nov. 1851, de Roquelaure, Dev., 1851, I, 17; Cass., 19 juil. 1852, Singlier, Dev., 1853, I, 33; Larombière, t. I, art. 1153, n° 19, et art. 1154, n° 14; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 267, note *a;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 403).

FIN DU VINGT-QUATRIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU VINGT-QATRIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

A.

B.

I.

II.

III.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXIV, art. 1101-1155.)

LIVRE TROISIÈME.

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

TITRE TROISIÈME.

Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.



FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE

9433. — IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris


a39003 008353897b


22
DATE DUE
CAT. NO. 1137

